

Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et dans le nouveau droit... par Charles [...]

Demangeat, Charles (1820-1896). Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et dans le nouveau droit... par Charles Demangeat,... 1844.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

- La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
- La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

[CLIQUER ICI POUR ACCÉDER AUX TARIFS ET À LA LICENCE](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

- des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
- des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter utilisationcommerciale@bnf.fr.

HISTOIRE

DE LA CONDITION CIVILE

DES ÉTRANGERS EN FRANCE.

1624

3526

CORBEIL, IMPRIMERIE DE CRÉTÉ.

HISTOIRE
DE LA CONDITION CIVILE
DES
ÉTRANGERS EN FRANCE

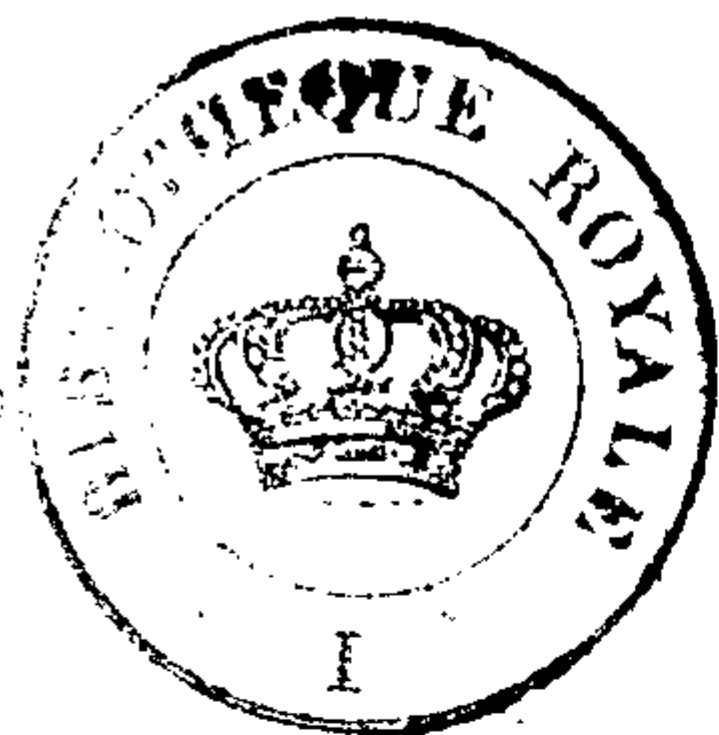
DANS
L'ANCIEN ET DANS LE NOUVEAU DROIT.

Mémoire qui a obtenu le premier prix au concours ouvert en 1842 devant la Faculté de droit
de Paris.

PAR CHARLES DEMANGEAT,
DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR ROYALE DE PARIS.

Non sunt ab externo jure quaerendi tituli
ignoti juri consuetudinario.

D'ARGENTRÉ.



PARIS,

JOUBERT, LIBRAIRE DE LA COUR DE CASSATION,
rue des Grès, 14, et place Dauphine, 29.

—
1844

33536

AVANT-PROPOS.

La dissertation que l'on va lire n'était point dans le principe destinée à l'impression. Envoyée au concours fondé par la piété de madame Beaumont pour y disputer une couronne purement scientifique, elle n'avait pu prendre, sous la plume un peu hâtée de l'auteur, cette forme empreinte d'élégance et de recherche, ce style à effet, que le public de nos jours est habitué à trouver dans presque toutes les compositions qu'on lui livre, à quelque genre qu'elles appartiennent.

En contradiction avec la pratique à peu près générale, avec le goût dominant du jour, un ouvrage consciencieusement élaboré peut bien trouver grâce et estime devant des hommes de science, devant les juges d'une épreuve essentiellement instituée pour mettre en

lumière les points les plus obscurs de notre droit. Mais le public demande quelque chose de plus que des recherches laborieuses, même quand ces recherches arrivent en réalité à un résultat utile : le public est naturellement enclin à rejeter sans merci le livre dans lequel on n'a pas essayé de dissimuler la sévérité du fond sous les séductions de la forme. Aussi a-t-il fallu, pour me décider à soumettre mon mémoire au jugement de ce nouveau tribunal si exigeant et si redoutable, le désir tout-puissant manifesté par la Faculté même qui l'a couronné (1).

D'ailleurs, pour dire ici ma pensée tout entière, j'ai toujours cru que c'était mal servir la science que de la présenter revêtue des attraits empruntés et du coloris factice d'un style où percent l'art et la prétention : on court grand risque d'énervier les enseignements du droit et de l'histoire quand on n'espère les faire accepter qu'à la faveur de tous ces ornements étrangers et frivoles. A un livre de science il faut la forme la plus simple et

(1) M. le Ministre de l'Instruction publique, par une lettre du 27 février 1842, avait autorisé la Faculté à lui signaler les mémoires qu'elle jugerait dignes d'être imprimés aux frais de l'État. La Faculté, cette année, a bien voulu signaler mon mémoire ; mais M. le Ministre, sans doute occupé ailleurs à protéger d'une manière plus efficace les intérêts qui lui sont spécialement confiés, n'a pas fait droit à cette requête.

la plus austère. Rester toujours clair et correct, en évitant autant que possible la sécheresse et la monotonie, voilà quant à la forme tout ce que doit ambitionner l'homme sérieux qui, ayant travaillé avec patience à tirer du droit ou de l'histoire quelques principes neufs et profitables, c'est-à-dire riches en conséquences pratiques, veut communiquer au public le produit de ses veilles.

Maintenant que j'ai ainsi exposé sommairement des idées et un système qui à mes yeux sont incontestables, bien que du reste je ne me flatte nullement d'en avoir fait une heureuse application dans cet ouvrage, on comprendra pourquoi avant de le publier je ne l'ai retouché en aucune façon, même quant à la forme. — En ce qui concerne le fond, je tenais avant tout à soumettre au public le même travail que la Faculté n'a pas jugé indigne de la première médaille d'or. Et d'ailleurs, ce que j'avais présenté au concours était le résultat de longues recherches et de longues méditations : j'avais en 1842 la croyance, sinon exacte, au moins suffisamment motivée, qu'une doctrine erronée n'était point sortie de ma plume. Comment pourrais-je aujourd'hui venir proclamer des principes différents de ceux qu'a-

lors j'avais puisés dans l'étude la plus approfondie et la plus minutieuse? Seulement le temps m'avait manqué pour les dernières pages de mon mémoire, et j'ai cru bien faire en ajoutant quelques développements tout à fait nécessaires dans mon chapitre V.

Dans toute législation, les dispositions relatives aux étrangers se réfèrent à deux chefs distincts : 1° Qui est étranger? 2° Quelle est la condition civile des étrangers? — Questions à peu près également vastes et importantes, à peu près également curieuses sous le rapport historique! La deuxième seule était mise au concours, et je me suis fait un devoir de ne pas empiéter sur la première. Mais il est facile de comprendre que ces deux cercles ne sont pas tellement distincts et isolés l'un de l'autre qu'ils ne se touchent quelquefois : d'où résulte que, pour en parcourir un complètement, on est obligé d'effleurer quelques points de l'autre. C'est ainsi, par exemple, que, cherchant à démontrer que dans le cours du dix-huitième siècle et déjà avant notre grande révolution, la condition civile des étrangers en France était, à tout prendre, moins dure et moins digne de pitié qu'elle ne le fut dans les premières années qui suivi-

rent la promulgation du Code civil, je suis naturellement amené à parler des fictions qui dans notre ancien droit réputaient Français une grande quantité d'individus nés hors de France, fictions qui diminuaient ainsi de beaucoup le nombre de ceux auxquels s'appliquait le droit d'aubaine.

J'ai trouvé très-peu de secours, très-peu de recherches toutes faites sur la condition civile des étrangers en France : c'est une des parties de notre droit qui est restée jusqu'à ce moment le plus complètement inexplorée. Au reste, je ne veux nullement dissimuler les emprunts que j'ai pu faire, et je reconnais volontiers ici que plusieurs des idées que l'on trouvera émises dans mon premier chapitre m'ont été inspirées par les ouvrages de Meyer, de Luden et de M. de Savigny.

Mes vœux seraient remplis si la lecture de ce faible essai pouvait pousser dans la carrière un athlète plus vigoureux, plus apte à combler une lacune regrettable de la science du droit en France. En attendant, j'ai élevé suivant mes forces un humble autel à la plus belle de toutes les sciences, à celle dont l'étude, prise de haut, est le plus puissant levier que puisse employer

vj

AVANT-PROPOS.

l'homme pour arriver au but vers lequel le Créateur lui a ordonné de tendre sans cesse, c'est-à-dire au perfectionnement de la partie immatérielle de son être.

Paris, 19 novembre 1843.

INTRODUCTION.

L'HOMME qui, prenant une législation, ou même une institution particulière, à une époque donnée, dans le but d'en acquérir par une étude approfondie une connaissance réelle, négligerait d'éclairer avant tout sa route du flambeau de l'histoire, et qui, pour trouver le fondement et la raison d'être de chaque règle formulée par le législateur ou reçue par la coutume, voudrait se borner à interroger soit les principes absolus et éternels de la justice, soit les mœurs et les besoins contemporains du peuple, cet homme se heurterait à chaque pas contre des dispositions dont il ne pourrait se rendre compte.

En droit, pour bien connaître ce qui est, il faut

nécessairement connaître ce qui a été. Et en effet une législation dans son ensemble, aussi bien que chacune des institutions qui la composent, ne peut point se fondre d'un seul jet, en un jour : elle est l'œuvre de bien des années, le résultat de l'expérience de bien des générations. Suivant la belle expression d'un des meilleurs esprits qui aient illustré en France la science du droit, « Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler, on ne les fait point » (1). Aussi, le législateur qui veut élever un monument durable procède rarement par changements brusques : il a plus de respect du passé ; souvent même, là où il se croit novateur, il ne fait en définitive que ressusciter, en les modifiant plus ou moins, les mêmes règles qui s'appliquèrent, dans des siècles depuis longtemps écoulés, à des peuples actuellement éteints ou renouvelés.

Ainsi le droit d'une nation, il faut le reconnaître, est toujours formé de deux éléments distincts, savoir : l'élément historique ou traditionnel d'une

(1) Portalis, *Discours préliminaire du Code civil*.

part, l'élément philosophique ou rationnel d'autre part. Le législateur ne peut se soustraire à l'élément historique. Le jour où se révèle une profonde altération dans les mœurs, dans l'état social, une réforme du droit peut en être la conséquence nécessaire ; mais , tout en sanctionnant cette réforme , le législateur ne parviendra jamais à s'isoler complètement des lois antérieures , des anciens usages, des maximes reçues par la jurisprudence, même des opinions généralement émises par les auteurs (1).

Interrogeons les codes des peuples de l'Europe moderne : il n'en est pas un dans lequel n'apparaisse cette influence du passé sur le présent ; il en est peu où elle soit aussi manifeste que dans notre Code civil. C'est en vain que nous avons une législation dont la codification est toute récente : partout on y trouve des traces d'idées étrangères à nos mœurs actuelles , des vestiges d'un régime dont nous sommes séparés par la révolution la

(1) Voyez la *Thèse de doctorat* de Klimrath, dans la collection de ses œuvres publiée par M. Warnkœnig.

plus profonde. En dehors des considérations générales que nous venons de présenter sommairement, on peut expliquer ce caractère de notre Code par deux raisons particulières : la première, c'est la précipitation qui fut en quelque sorte imposée aux rédacteurs et qui ne leur permit que bien rarement de remplacer par quelque chose de plus satisfaisant des dispositions surannées, mais qui avaient l'avantage d'être déjà formulées dans les coutumes, ou dans les ordonnances, ou même dans les écrits de nos anciens jurisconsultes classiques. La deuxième raison, c'est qu'à l'époque où le Code civil fut rédigé, il commençait à s'opérer une espèce de réaction en faveur de cet ancien droit, dont quelques années auparavant on aurait voulu décréter l'abolition radicale, sous prétexte qu'il n'était en définitive que le produit du monstre effrayant appelé Féodalité.

Je ne veux citer ici comme exemples que deux de ces principes qui, survivant à la civilisation barbare qui les vit naître, ont été reproduits par le Code civil, mais qui, il faut l'espérer, seront

bientôt définitivement effacés par le législateur comme ils sont aujourd'hui réprouvés par la conscience publique. Les deux principes dont je parle ont cela de commun, que l'un et l'autre se rattachent à une idée de préférence, de privilège : le premier proclame la supériorité juridique d'une classe de personnes vis-à-vis d'une autre classe de personnes; le deuxième proclame la supériorité juridique d'une classe de biens vis-à-vis d'une autre classe de biens.

L'assemblée constituante, après avoir posé cette règle, qui est encore aujourd'hui la base fondamentale de notre droit : — *Tous les Français sont égaux devant la loi*, — avait osé faire un pas de plus dans cette voie libérale. Dans un élan d'enthousiasme, cette assemblée d'immortelle mémoire avait prononcé l'égale admission à la jouissance de tous les droits civils des étrangers comme des nationaux. Mais le Code civil dans sa rédaction définitive a subi l'influence du sublime despote qui, pour accomplir ses desseins ambitieux, foulait aux pieds les droits des hommes aussi bien que ceux des gou-

vernements, qui d'ailleurs méprisait comme rêveries d'idéologues tout ce qui n'était que philosophique et rationnel : le Code civil a en partie exhumé des décombres du moyen âge, mais sans oser lui conserver son nom, flétri par Montesquieu, un droit qui, n'ayant plus aucun fondement dans l'état social actuel, aurait dû disparaître à jamais avec l'ancien régime. J'espère en effet montrer dans la suite de ce travail que, sous le rapport des droits privés, la distinction entre le national et l'étranger, qui a son origine et sa légitimation dans l'esprit des mœurs et des coutumes de nos ancêtres, ne peut guère se justifier aujourd'hui que les progrès de la civilisation ont substitué à l'ancien état social un état social tout différent et même contraire.

Si, arrivant à notre deuxième exemple, nous portions un regard rapide sur la manière dont le Code civil a organisé les biens, nous trouverions encore ici le même respect exagéré du passé. A chaque instant on rencontre dans nos lois des traces de l'ancienne maxime qui réputait vile et de peu d'importance la propriété des meubles. Or

ce sont là des mots qui aujourd'hui ne signifient plus rien. Sans doute une nation demi-barbare, une société encore éloignée du haut degré de civilisation auquel nous sommes parvenus, n'a point de commerce : elle ne connaît point de manufactures, elle n'a point accumulé de capitaux : elle ne peut posséder d'autre richesse que la terre et ses produits ; c'est la propriété territoriale qui fait les riches et les puissants , c'est d'elle seule que les lois s'occupent pour en régler la transmission et la conservation dans les familles. A ces époques de la vie des nations modernes, il n'y a encore que les Juifs qui s'enrichissent par le commerce , par l'industrie, par les opérations financières : il n'y a que les Juifs qui aient de grandes fortunes mobilières ; mais les lois ne sont pas faites pour eux. Voilà l'état par où nous avons passé ; évidemment, les temps sont bien changés. Aujourd'hui la possession de la terre , qui dans une certaine mesure donne les droits politiques, ne donne plus la suzeraineté, ni la noblesse, et surtout ne constitue plus le possesseur dans un état de supériorité au point

de vue du droit civil. Depuis que l'industrie proprement dite a pris naissance, et a pu librement se développer par l'abolition des anciennes corporations, depuis que le prêt à intérêt a été autorisé par les lois, depuis que toutes les rentes sont devenues meubles, il y a de grandes fortunes mobilières comme de grandes fortunes immobilières. Et cependant la différence juridique entre les meubles et les immeubles est dans nos lois civiles à peu près aussi profonde qu'elle l'était il y a cinq siècles : en sorte que dans un siècle entreprenant et spéculateur, nous vivons sous une loi faite pour un siècle où l'esprit de spéculation était inconnu et proscrit.

Je n'ai dit un mot des biens qu'occasionnellement et pour montrer comment le passé est toujours la base plus ou moins légitime du présent. Qu'il me soit encore permis, en terminant cette introduction, de comparer la destinée de ces deux principes anciens sur les personnes et sur les choses que le Code civil a, peut-être un peu inconsidérément, voulu rajeunir. La force des choses a amené en 1819

une loi abolitive du droit d'aubaine tel qu'il avait été conservé par le Code civil; du reste, même depuis cette loi, la condition civile de l'étranger en France est loin encore d'être semblable à celle du Français : notre législateur accorde aux Français des avantages qu'il refuse aux étrangers, et quelquefois impose aux étrangers certaines obligations dont sont exempts les nationaux. Et chose étrange ! la jurisprudence, qui du reste a souvent varié en ces matières, est encore tellement imbue des anciennes idées qu'elle laisse voir, en général, une certaine tendance à enchérir sur les rigueurs que nos lois ont cru devoir conserver à l'égard des étrangers. C'est là une pratique qu'il est difficile de justifier au tribunal de la raison : une jurisprudence en effet n'est intelligente et respectable qu'autant qu'elle est constamment le lien, la transition entre la loi en vigueur qu'on ne peut violer, et la loi future que sollicitent les besoins nouveaux et les mœurs nouvelles du peuple. Ainsi, on peut jusqu'à un certain point applaudir aux efforts d'une jurisprudence qui se débat contre un texte de loi

précis qu'elle ne veut pas accepter parce qu'il mènerait à des résultats désastreux : on comprend que la cour de cassation, s'arrogeant, *utilitatis causâ*, le pouvoir du législateur, étende au mobilier dotal l'inaliénabilité que le législateur de 1804, comme celui de notre ancien droit, n'a prononcée qu'à l'égard des immeubles : on le comprend, parce que la cour de cassation a été frappée de l'importance de plus en plus considérable que prennent les fortunes mobilières, et qu'elle a cru trop contraire à l'intention des parties et à l'intérêt de la femme et des enfants, que la dot qui est toujours destinée à subvenir aux charges du mariage pût être compromise par le caprice ou par les spéculations malheureuses des époux. Sans doute, ici comme en ce qui touche les étrangers, il vaudrait mieux qu'une loi fût venue régler la matière d'une manière conforme à l'état de choses actuel et détruire, au moins sous ce rapport, l'ancienne distinction entre les meubles et les immeubles ; mais puisque cette loi n'existe pas, peut-être faut-il encore préférer une salutaire usurpation de pouvoir aux consé-

quences funestes qu'aurait l'application rigoureuse d'un principe qui n'est pas de notre temps. Mais ce qu'il est impossible de justifier, c'est une jurisprudence qui, bien qu'à l'aise en présence des quelques textes relatifs aux étrangers qui subsistent encore dans nos lois, s'en va user d'une rigueur devant laquelle les parlements reculaient jadis.

Ces premières considérations une fois indiquées, voici, comme il est déjà facile de le prévoir, vers quel but vont tendre tous mes efforts dans ce travail : prouver que , sous le rapport des droits purement privés, il serait en même temps utile et juste , et digne d'un grand peuple comme nous , que l'étranger qui réside en France ou qui y a des biens participât à tous les avantages que nos lois nous accordent.

HISTOIRE

DE

LA CONDITION CIVILE DES ÉTRANGERS

EN FRANCE.

CHAPITRE PREMIER.

Origine des règles particulières du droit français
relativement aux étrangers.

1. Ce n'est point dans le droit romain qu'il faut chercher l'origine première de la position juridique des étrangers en France, bien que les légistes du moyen âge et nos anciens jurisconsultes aient trop souvent voulu appliquer aux aubains des dispositions de lois romaines relatives aux *peregrini*. Il y a un abîme entre les principes du droit romain et les principes des lois barbares et des anciennes coutumes françaises en cette matière, et il faut dire sans hésiter que la législation romaine n'est pour rien dans la rigueur avec la-

quelle, dès les premiers temps de notre histoire, nous voyons les étrangers réduits à une condition civile bien inférieure à celle des nationaux. Je ne veux point ici, invoquant la constitution fameuse d'Antonin-Caracalla (L. 17, Dig., *De statu hominum*), prétendre que depuis cette constitution il n'y eut plus dans tout l'empire que des citoyens, que par conséquent lors de l'invasion des barbares la distinction du *civis* et du *peregrinus* était depuis longtemps abolie, et qu'ainsi les pratiques rigoureuses contre les étrangers que nous trouvons en vigueur déjà sous les deux premières races, et longtemps avant la renaissance de l'étude de l'ancien droit romain, n'ont pu être importées sur notre sol que par les conquérants barbares. En raisonnant ainsi, on obtient pour conséquence un principe qui est parfaitement vrai en lui-même, comme j'espère le démontrer bientôt ; mais ce raisonnement pêche par sa base. Il est impossible d'admettre que Caracalla ait effectivement donné le droit de cité à tous les habitants de l'empire : car l'histoire après Caracalla révèle encore l'existence de *Latini* et de *peregrini* dans l'étendue du monde romain. Ce qu'il y a de vrai, c'est que Caracalla fit citoyens romains tous les hommes libres

qui, au jour de la promulgation de sa constitution, habitaient l'empire ; mais tous ceux qui vinrent s'y établir postérieurement furent traités comme *peregrini*. Et cette libéralité de Caracalla ainsi restreinte ne doit pas être beaucoup admirée : Dion Cassius nous fait connaître que c'était là tout simplement une mesure fiscale ayant pour but d'augmenter le produit de l'impôt sur les successions.

Il faut donc reconnaître qu'il continua d'y avoir des *peregrini* dans l'empire romain jusqu'à Justinien ; qui a définitivement nivelé le droit des gens et le droit civil. Mais il est bien certain aussi que la condition des *peregrini* au quatrième et au cinquième siècle de notre ère était bien douce en comparaison de ce qui avait lieu dans l'ancien droit romain. Le monde antérieur à Jésus-Christ admettait la dualité d'origine entre les hommes, ou tout au moins une inégalité fondamentale résultant de la conquête : les étrangers n'étaient pas des frères, mais des hommes issus d'une autre race ou des vaincus. Aussi dans Rome ancienne le même mot désignait-il l'étranger et l'ennemi : cet *hostis* ou ce *peregrinus* ne pouvait s'associer au culte des Dieux nationaux ; il n'avait ni le *connubium*, ni le *dominium ex jure Quiritium*, d'où résultait l'impossibi-

lité pour lui d'avoir la *patria potestas* et le *jus agnationis*, en même temps que l'incapacité de pouvoir employer aucun des modes d'acquisition de la propriété romaine. Déjà la philosophie stoïcienne avait jeté dans le monde l'idée de droits naturels à l'homme indépendamment de son origine, indépendamment de la constitution politique, lorsque le christianisme vint consommer cette grande œuvre en appelant tout homme, en sa qualité de créature de Dieu, à participer aux biens de la terre. A la divine parole du Christ, la charité, que les païens avaient complètement ignorée, devint la vertu capitale du chrétien, et pénétra peu à peu dans le droit pour en adoucir la rigueur : la charité, qui est le côté sublime du christianisme, et qui est de plus, comme l'exprimait Domat, la véritable base du droit.

D'après cela, il est déjà manifeste que la distinction romaine du citoyen et de l'étranger était trop peu profonde, trop effacée, au moment de la première formation des états modernes, pour avoir pu donner naissance au droit exorbitant que nous trouvons établi contre les étrangers dès les premiers temps qui suivirent l'invasion de la Gaule par les barbares.

Il y a une autre considération qui démontre encore mieux peut-être que le droit relatif aux étrangers en France n'a pas une origine romaine. Les lois romaines relatives aux étrangers étaient-elles, en elles-mêmes, de nature à pouvoir survivre à la chute de la domination romaine dans les Gaules, comme il est constant que d'autres parties du droit romain ont toujours continué d'y être en vigueur ? C'est ce qu'il est impossible d'admettre. En effet, on ne peut concevoir un droit *civil* dans le sens des Romains, c'est-à-dire une collection de facultés exclusivement réservées à une certaine classe de personnes, que là où cette classe est prépondérante, où elle peut refuser aux autres la faveur de vivre sous l'empire de ses lois. Or rien de semblable n'avait lieu dans la Gaule. Les barbares formaient bien une classe sous un certain rapport prépondérante ; mais, ainsi que nous le verrons plus tard en étudiant le principe de la personnalité des lois, les Romains ou les provinciaux, une fois écoulé le premier torrent de l'invasion, purent vivre à côté de leurs vainqueurs d'après leurs anciennes lois, et sans songer le moins du monde à réclamer pour eux l'application des lois barbares. Et puis de leur côté, ces Gallo-Romains, quels sont les hommes

qu'ils auraient considérés comme étrangers, qu'ils auraient à ce titre exclus du droit civil romain, en supposant qu'ils en eussent eu le pouvoir ? Précisément leurs vainqueurs, ces barbares fiers de vivre sous l'empire de leurs lois germaniques, et dont le mépris pour les Romains et pour leurs institutions nous est attesté par ce passage curieux d'un historien lombard : « Nous autres Lombards, « de même que les Saxons, les Francs, les Bava- « rois, les Souabes et les Burgondes, nous mépri- « sons si fort le nom romain, que dans notre co- « lère nous ne savons pas offenser nos ennemis « par une plus forte injure qu'en les appelant des « Romains : car par ce nom seul, nous compre- « nons tout ce qu'il y a d'ignoble, de timide, « d'avare, de luxurieux, de mensonger, tous les « vices enfin. » (*Liutprandus in legatione*, t. 2, p. 481.)

Tout ce qui restait encore dans la Gaule des anciennes idées romaines sur les *peregrini* dut donc disparaître au moment de l'invasion : car les Gallo-Romains n'étaient pas en état de faire respecter en eux le *jus civitatis*, et les barbares méprisaient trop les vaincus pour leur emprunter leur législation à cet égard. Ainsi les provinciaux, qui

continuèrent entre eux d'être régis par les lois romaines, furent obligés de renoncer à ces lois en ce qu'elles avaient de rigoureux contre les étrangers, parce que ces étrangers étaient devenus pour les Romains des vainqueurs et des maîtres.

2. Je crois avoir démontré que la condition civile des étrangers, telle qu'elle existe dans les coutumes de nos ancêtres dès les premiers siècles de notre histoire, n'a pas une origine romaine, qu'une pareille institution n'a pas pu être communiquée par les Romains à la nouvelle nation qui se forma de leur mélange avec les barbares. Une opinion plus générale lui donne une origine féodale, ou du moins une origine contemporaine de la féodalité. Ainsi pour certains auteurs, cette origine se trouverait dans la lutte qui exista à partir du douzième siècle entre la royauté et la féodalité, et la création du droit d'aubaine n'aurait été qu'un empiétement du pouvoir royal sur les prétentions des seigneurs. Mais évidemment dans ce système, à moins que l'on ne joue sur les mots en employant l'expression *droit d'aubaine* dans son sens le plus étroit, on prend un effet pour la cause, on fait une pétition de principes : ce que nous cherchons ici en effet, c'est précisément le fait social préexis-

tant qui amena la lutte des seigneurs avec le roi, ou du moins l'épisode de cette lutte relatif au droit d'aubaine : car cette lutte présuppose un système rigoureux qui était déjà admis contre les étrangers, et dont il s'agissait seulement d'attribuer le profit à telle personne, à telle puissance, plutôt qu'à telle autre.

Enfin, il y a des auteurs qui pensent que le droit d'aubaine, avec toutes les règles qui s'y rattachent, ne date que du milieu du quatorzième siècle : suivant eux, il fut établi chez nous à cette époque en haine des Anglais, à raison d'un statut d'Édouard III (de 1328) qui défendit d'admettre les étrangers aux successions immobilières en Angleterre : dans cette opinion, ce serait alors seulement que les Français, usant de représailles, auraient établi la même prohibition contre tous les étrangers de quelque nation qu'ils fussent, sans distinction entre les meubles et les immeubles ; sur quoi, Édouard III rendit un nouveau statut portant défense aux Français d'habiter l'Angleterre sous peine de mort, statut qui existe en effet et qui n'a jamais été formellement abrogé, mais qu'on ne serait guère tenté d'appliquer aujourd'hui.

3. Pour moi, je crois que l'origine du droit d'au-

baine tel qu'il a existé si longtemps dans notre pays remonte au delà de l'établissement des barbares dans la Gaule : le germe du droit d'aubaine me paraît se trouver dans l'esprit des mœurs et des coutumes des Germains, et dans la position que ces mœurs et ces coutumes devaient nécessairement créer pour l'étranger qui se trouvait en contact avec une tribu barbare. L'étranger qu'une circonstance quelconque amenait au milieu d'une horde de Francs, de Saxons ou de Burgondes, était pour ceux-ci un être indigne de participer à la loi : les hommes, comme dit Montesquieu (liv. 21, ch. 17), pensaient que, les étrangers ne leur étant unis par aucune communication du droit civil, ils ne leur devaient aucune sorte de justice.

Par quelle coutume, par quelle loi germanique, dut être amené ce résultat ? Un système général qui existait en Germanie, le système de la garantie réciproque entre tous les membres d'une même communauté, devait inévitablement y conduire. Pour nous faire une idée exacte des premiers rudiments du droit d'aubaine, il est indispensable d'insister sur ce point curieux de l'organisation germanique.

4. Les peuples de la Germanie étaient formés

d'une réunion d'associations plus ou moins étendues dont les membres étaient liés entre eux par l'obligation d'une garantie mutuelle : pour le maintien de la paix publique , pour la sûreté de la vie et de la propriété, pour la poursuite du *wehrgeld* dû à celui dont le droit était violé ou à sa famille en cas de meurtre , tous les hommes libres de chaque petite peuplade se réunissaient de manière à constituer une alliance légitime et une société civile. A une époque où l'autorité publique était nulle, on avait senti le besoin d'augmenter la force individuelle par ces associations partielles. — Une association de cette espèce s'appelait un canton (*gau* dans la langue tudesque, *pagus* ou *civitas* dans les écrivains romains) ; le rapport de fidéjussion qui liait tous les associés entre eux nous apparaît sous le nom latinisé de *plegium*, et il est à remarquer qu'aujourd'hui encore, en anglais le mot, *pledge* signifie un gage ou une garantie.

La formation de ces cantons remonte au delà du souvenir des hommes. On ne peut déterminer combien il y avait de cantons dans la Germanie ; les Romains n'en avaient aucune idée précise : ils aimaient à parler de cent cantons que César attribue aux Suèves et Tacite aux Semnones.

Tous les hommes libres faisant partie du même canton, de la même association germanique, répondaient solidairement les uns pour les autres du maintien de la paix. Lorsqu'un membre de l'association avait commis un crime contre la vie, contre l'honneur ou contre la propriété d'un autre, si l'offenseur n'avait pas assez de fortune pour acquitter le *wehrgeld* qu'il devait à l'offensé ou à sa famille, les membres de l'association se cotisaient entre eux afin de payer ce *wehrgeld*. En conséquence de cette responsabilité solidaire qui pesait sur tous les membres de la communauté, la communauté était juge elle-même de la convenance qu'il pouvait y avoir à admettre ou à rejeter quiconque ne possédait pas des biens suffisants pour répondre de ses délits : on n'était reçu dans une association germanique qu'autant que tous les membres y consentaient, parce que cette réception faisait naître pour tous des obligations.

L'association du canton ne comprenait que les hommes libres ; ceux-ci formaient dans leur ensemble la société de laquelle dépendaient toutes les institutions du canton, toutes les décisions légales et toutes les entreprises. Ces hommes libres ainsi réunis dans une fidéjussion réciproque étaient

la partie principale et le corps de la nation. La liberté alors, ce n'était point un état négatif, ce n'était point uniquement l'absence de l'esclavage, l'absence de la dépendance personnelle, c'était au contraire quelque chose de très-positif. La liberté comprenait l'inviolabilité de la vie, de l'honneur, de la propriété, la participation aux diverses assemblées et aux décisions qui se prenaient dans ces assemblées, la capacité et l'exercice complet de tous les droits. Moser, dans son *Histoire d'Osnabruch*, a dit avec raison que la liberté chez les Germains était une véritable dignité; il y avait en effet une dignité commune à tous les hommes libres. Celui-là avait seul la liberté parfaite qui pouvait participer à tous les droits civils. On peut dire que la plus grande analogie existe sous ce rapport entre l'homme libre germanique et le *civis optimo jure* des Romains, tant qu'à Rome ce nom s'appliqua aux citoyens de toutes les classes, nobles ou plébéiens.

Il y a une étude très-curieuse à faire et d'autant plus importante pour nous qu'elle fournit une première confirmation de ce système des associations germaniques : cette étude consiste à bien se rendre compte de quelques expressions particu-

lières que nous trouvons employées dans les lois barbares pour désigner les hommes libres, les citoyens de la tribu. Trois de ces expressions sont surtout remarquables, savoir : *arimanni* ou *hermanni* chez les Lombards et quelquefois chez les Francs ; *friborgi* chez les Anglo-Saxons, et *rachimburgii* chez les Francs. Il est bien démontré aujourd'hui que ces expressions se rapportent, non pas à des échevins ou juges spécialement désignés, mais aux simples hommes libres qui, comme tels, prenaient part aux jugements. Je ne veux pas insister sur cette vérité qui actuellement n'est plus contestée ; mais il est indispensable de rechercher quel peut être le sens étymologique de ces diverses expressions. On a beaucoup varié sur l'étymologie du mot *arimans*. Grimm, dans son admirable livre sur les antiquités du droit germanique, a très-bien établi qu'il dérive de *heer* (armée, guerre, armes), dont, suivant leur usage, les Italiens ont retranché l'aspiration : alors l'*ariman*, c'est l'homme qui a le droit de porter les armes et d'aller à la guerre. Or, comme nous le verrons bientôt, le droit de port d'armes, qui se trouve déjà indiqué dans Tacite, était en Germanie le caractère distinctif de l'homme libre, du citoyen ; ce droit était refusé à

tout individu étranger à l'association du canton, parce que cet individu n'étant ni caution, ni cautionné, ne présentait aucune garantie quant à l'usage qu'il aurait pu faire de ses armes. — En ce qui concerne les mots *friborgi* et *rachimburgii*, ils réveillent avec plus de force encore l'idée d'une association dont les membres sont respectivement cautions les uns des autres. *Friborgi* en effet se compose des deux mots *freo* ou *free* (homme libre), et *borge* (caution, garant) : aujourd'hui encore une caution s'appelle en allemand *bürge*, en hollandais *borg* ; c'est aussi très-probablement du mot german *borge* que sont venus en anglais le mot *borough*, et en français les mots *bourg* et *bourgeois*. Quant au nom de Rachimbours, dans la composition duquel nous retrouvons le mot *borge*, il est encore composé, suivant Jean de Muller et Grimm, de *rek* (grand, notable, riche) : c'est ainsi que les mots espagnols *ricos hombres*, qui ont conservé leur sens primitif de *hommes notables*, s'appliquaient aux membres des anciennes cortès. Le rachimbourg, de même que le *friborgus*, était donc un homme puissant, un homme libre, garant réciproque des hommes pareillement libres de la tribu.

5. Avant de chercher quelles conséquences devait entraîner, relativement aux étrangers, ce système de garantie réciproque, il nous faut rapporter ici les divers documents qui établissent l'existence d'un pareil système : car il faut d'abord que nous puissions admettre comme un fait constant ces associations d'hommes si étroitement unis, pour ensuite facilement tirer de là des déductions qui auront un rapport plus immédiat avec l'objet de ce travail.

Tacite (*Germ.*, § 13) nous donne un indice de cette institution. Il parle du droit honorifique de porter les armes dans toutes les circonstances de la vie; il nous apprend que le droit de port d'armes était le signe de la jouissance de la liberté et de tous les droits attachés à cette liberté. Mais pour avoir le droit de port d'armes, tout individu devait obtenir l'assentiment national : *arma sumere non antè cuiquam moris quàm civitas suffectorum probaverit*. A quoi bon la nécessité d'une pareille approbation, si ce n'était pas là l'acceptation faite par tous les membres du canton des obligations de garantie que faisait naître activement et passivement pour chacun l'adjonction d'un nouveau membre ? — Cet admirable pas-

sage de Tacite est le seul d'où l'on puisse induire que ce système existait en Germanie ; mais nous retrouvons le même système en pleine vigueur chez les Anglo-Saxons au onzième siècle. Cette garantie réciproque apparaît aussi dans la loi Salique ; ainsi que nous le verrons, elle y apparaît à demi effacée, comme une institution des plus anciennes et qui va plutôt s'éteignant que se développant. C'est que toutes les lois barbares que nous possédons ont été rédigées plus ou moins longtemps après la conquête ; or, depuis la conquête, la société germanique avait été profondément modifiée, et ces modifications ont passé dans les lois : voilà pourquoi la plupart de ces codes sont plus romains qu'ils ne sont barbares, pourquoi ils sont très-faiblement empreints des idées germaniques. Les lois anglo-saxonnes sont peut-être celles qui sont le plus profondément barbares, celles dans lesquelles on aperçoit le moins l'influence du droit romain ; et cela s'explique aisément par le caractère violent et destructeur de la conquête anglo-saxonne. Aussi est-ce dans les lois anglo-saxonnes que nous allons puiser la preuve la plus directe de l'existence de ces associations étroites des hommes libres germains. Voici ce qu'on lit

dans la traduction latine des *Lois* de Canute le Grand (*cap.* 19), insérée dans le beau recueil de Canciani : « *Volumus ut quilibet homo liber in centuriam et decemviratum conferatur, qui excusatione vel capitis æstimatione dignus esse velit, ut quilibet in centuriam et ad fidejussionem ducatur, et fidejussionem ibi servet et ad quodcumque jus ducat.* » Ainsi, on le voit, tout homme libre devait appartenir, non-seulement à une centurie, mais encore à une décurie, dont les membres étaient unis par une garantie légale réciproque : sans quoi, en cas de délit de sa part, aucune excuse n'aurait pu le soustraire à la mort, et en cas de délit commis contre lui, aucune réparation n'aurait pu être exigée du délinquant, sans quoi enfin cet homme n'aurait pu avoir aucune capacité des droits civils.

Quelquefois cette décurie est appelée en saxon *teodunge*, quelquefois *tien manna talla* (le nombre de dix hommes), mais le plus souvent *freoborges* ; et les membres qui la composent portent, comme nous l'avons déjà vu, le nom de *friborgi*. C'est ce qui est clairement indiqué dans l'extrait suivant des lois d'Édouard le Confesseur (*cap.* 20), texte qui est encore, s'il est possible, plus positif que le

précédent : « *Præterea est quædam summa et maxi-*
« *ma securitas per quam omnes statu firmissimo*
« *sustinentur, videlicet, ut unusquisque stabiliat se*
« *sub fidejussionis securitate quam Angli vocant*
« *FREOBORGES, soli tamen Eboracenses dicunt eam-*
« *dem TIEN MANNA TALLA, quod latinè sonat decem*
« *hominum numerum. Hæc securitas hoc modo fie-*
« *bat, scilicet quod de omnibus villis totius regni sub*
« *decennali fidejussione debebant esse universi, ità*
« *quod si unus ex decem foris fecerit, novem ad rec-*
« *tum eum haberent ; quod si aufugeret, daretur*
« *lege terminus ei 31 dierum ; quæsitus interim et*
« *inventus ad justitiam regis adduceretur. Et de suo*
« *illico restauraret damnum quod fecerat. Et si ad*
« *hoc foris faceret, de corpore suo justitia fieret.*
« *Sed si infra prædictum terminum inveniri non*
« *posset, quia in omni friborgo unus erat capitalis,*
« *quem vocabant FRIBORGES HEOFOD, ipse capitalis*
« *sumeret duos de melioribus sui friborgi, et de*
« *tribus friborgis sibi propinquioribus acciperet de*
« *unoquoque capitalem et duos de melioribus unius-*
« *cujusque friborgi, si posset habere, et ità se duo-*
« *decimo existente purgaret, se et friborgum suum,*
« *(si facere posset), de foris facto et fugâ supra-*
« *dicti malefactoris. Quod si facere non posset, ipse*

« *cum friborgo suo damnum restauraret de proprio*
« *malefactori quamdiù duraret ; QUO DEFICIENTE,*
« *DE SUO ET FRIBORGI SUI PERFICERET, et ergò justitiam*
« *emendaret , secundum quod legaliter eis*
« *judicatum fuisset. »* Voilà assurément le témoignage le plus explicite que l'on puisse désirer sur cette garantie solidaire des hommes libres entre eux. Il est du reste à remarquer que le nom de *friborgus* se retrouve encore, avec une légère altération il est vrai, dans la *Fleta*, c'est-à-dire dans un livre de droit anglais qui date de la fin du treizième siècle : « *Frichborg*, nous y dit-on, est « *laudabilis homo* » (1) ; c'est exactement le même sens qu'avaient fini par prendre en France le mot *rachimbourgs*, qui était devenu synonyme de *boni homines*, et en Espagne les mots *ricos hombres*.

Enfin les Normands, qui conquièrent l'Angleterre au onzième siècle, connaissaient aussi, sous le nom de *gyldæ*, des associations d'hommes libres qui présentent la plus complète analogie avec celles que nous venons d'étudier chez les peuples d'origine germanique. Cela nous est attesté notamment par un passage du *Traité de droit anglo-*

(1) *Fleta*, lib. 1, cap. 47, § 10, au tome 3 de la Collection de Houard.

normand, de Glanville : il y est dit (*lib. v, § 5*), que quiconque aura été reçu dans une gylde, *in communem gyldam*, ou aura vécu paisiblement au sein d'une gylde pendant un an et un jour, sera par là même libéré de tout villenage. De plus, nous trouvons dans les *Lois* de Guillaume le Conquérant cette phrase bien remarquable : « *Omnis homo qui voluerit se teneri pro libero sit in plegio* » (1).

6. Il est tems de revenir aux étrangers, et de rechercher qui était étranger et quelle devait être la condition de l'étranger, en présence de ces associations d'hommes libres réunis par une fidéjussion réciproque, telles que nous venons de les décrire à l'aide de la philologie et d'après les textes qui nous sont parvenus.

(1) On peut consulter sur la *ghilde*, telle qu'elle existait dans l'ancienne Scandinavie, l'admirable ouvrage de M. A. Thierry, *Récits des temps mérovingiens* (tome 1, pag. 268 et suiv.). « C'était, dit cet éloquent historien, une sorte de communion païenne qui entretenait, par de grossiers symboles et par la foi du serment, des liens de charité réciproque entre les associés : charité exclusive, hostile même à l'égard de tous ceux qui, restés en dehors de l'association, ne pouvaient prendre les titres de convive, conjuré, frère du banquet. » Il paraît que les pays scandinaves la conservèrent jusqu'au douzième siècle dans sa forme complète et primitive. Aujourd'hui encore, en Russie, le commerce forme une classe à part, un ordre, qui se divise en trois *guildes*; en principe, nul ne peut exercer le commerce s'il n'est inscrit dans l'une des trois guildes, et nul ne peut y être inscrit s'il n'est sujet russe, ou si, étant étranger, il n'a prêté le serment de sujétion. (Voy. *Digeste de l'empire russe*, vol. 11, art. 6 et 8.)

On donnait le nom de *Warganei* ou *Gargangi* à tous les hommes non-serfs qui, une fois sortis de l'enfance (à l'âge de douze ans chez les Saxons), ne faisaient partie d'aucune communauté d'hommes libres : ce nom, qui, malgré la désinence latine qu'il a revêtue dans les lois barbares, est bien évidemment emprunté à la langue tudesque, ce nom s'appliquait à la fois, d'après Grimm, au vagabond et à l'étranger. La qualité d'étranger ne dépendait donc dans l'origine ni du lieu de la naissance, ni de la nation à laquelle appartenaient les père et mère : la qualité d'étranger était attachée uniquement à la circonstance qu'on n'était pas affilié à la corporation des hommes libres du canton, et par suite qu'on n'avait droit à aucune garantie. L'individu de cette espèce, quelle que fût sa naissance, ne pouvait se réunir aux rachimbourgs ou aux arimans dans la communion des droits civils ou politiques : le sujet du droit, pour employer une expression qu'affectionnent les Allemands, le sujet du droit était exclusivement dans l'association, dans la communauté des hommes libres, et il ne pouvait se concevoir en dehors de ce cercle privilégié. Le *warganeus* ne pouvait jouir de la protection que la fidéjussion universelle et réciproque des

membres de la communauté assurait à chacun de ceux-ci. Comme il ne présentait aucune espèce de garantie, le besoin de la sécurité publique autorisait toutes les mesures par lesquelles on le mettait dans l'impossibilité de nuire. Il était comme hors la loi, tant qu'il n'avait trouvé personne qui voulût répondre pour lui : au moindre méfait qu'il commettait, la société pouvait le poursuivre, le mettre à mort comme une bête fauve, ou le réduire en esclavage. En toute autre circonstance et s'il se conduisait bien, elle ne pouvait régulièrement s'arroger aucun droit sur lui, puisqu'il n'était attaché par aucun lien à la communauté. Il paraît cependant que, si, ne trouvant pas de garant, il persistait à rester dans le *pagus*, il était exposé, par suite de la violence des mœurs d'alors et du défaut de toute police, à subir la loi du plus fort et à être réduit en esclavage ; c'est même ce qui avait lieu habituellement chez les anciens Saxons, lesquels, d'après le témoignage d'un écrivain du neuvième siècle, de l'agiographe Méginhard, vendaient l'étranger qui n'avait pas de patron ni de garant : « *Peregrinum qui patronum non habebat vendebant Saxones* » (1). Il y a de plus

(1) *Translatio Sancti Viti*, cap. 13.

deux manuscrits de la loi salique dans lesquels nous trouvons à cet égard un texte bien curieux : c'est le titre 48, *De migrantibus*, § 2. Nous y voyons que le temps au bout duquel il n'est plus permis de maltraiter un étranger, parce qu'il est censé admis dans la garantie réciproque et qu'il a conquis le titre de membre de la communauté, c'est le laps de douze mois de résidence : *Si quis admigravit et ei aliquis infra XII menses nullus testatus fuerit, ubi admigravit securus sicut alii vicini consistat*. Chose remarquable ! au moyen âge, la résidence d'un an et un jour était la condition indispensable pour acquérir la bourgeoisie. Enfin on sait que les coutumes anglo-normandes nous retracent de la manière la plus fidèle ce qui se passait autrefois en France : c'est là une remarque déjà faite par d'Arguesseau ; or, voici ce que nous lisons dans la *Fleta* : « *Et ad majorem securitatem fovendam ordinavit insuper et præcepit quòd nullus extraneus in forinsecum capitis villæ aut in suburbio hospitetur, nisi hospes ejus pro eo voluerit respondere* » (1) ; et dans les alinéas suivants on trouve encore des traces du défaut d'hospitalité, ou plutôt des craintes et des soupçons qu'inspirait un étranger.

(1) *Fleta*, lib. 1, cap. 24, § 4.

7. Il y a un fait qui peut sembler bizarre et même inexplicable au premier abord. A côté de ces textes qui établissent l'habitude où étaient les Germains de réduire en esclavage les étrangers, nous trouvons d'autres documents qui paraissent prouver que l'hospitalité était une des vertus des barbares, et que leurs lois ou leurs coutumes leur faisaient même de cette vertu un devoir étroit. Ainsi nous lisons dans Tacite, au § 22 de sa *Germanie* : *Convictibus et hospitibus non alia gens effusius indulget; quemcumque mortalium arcere tecto nefas habetur... Notum ignotumque, quantum ad jus hospitii, nemo discernit*. De même la loi des Burgondes est excessivement favorable aux étrangers : elle va d'abord jusqu'à porter une amende de trois sous d'or contre quiconque aurait refusé l'hospitalité à un étranger (tit. 38, § 1); elle suppose ensuite qu'un étranger vient demander l'hospitalité à un Burgonde, et que celui-ci lui indique la maison d'un Romain, et dans ce cas elle condamne le Burgonde à porter au Romain trois solides, et à payer trois autres solides au fisc *mulctæ nomine* (tit. 38, § 6). Quant à la loi des Wisigoths, qui se montre aussi très-bienveillante pour les étrangers, il ne faut pas s'y arrêter dans cette discussion : car cette loi, rédi-

gée au septième siècle sous l'influence philosophique des évêques romains, n'est pas même un reflet effacé des idées et des coutumes germaniques, ce n'est qu'une imitation maladroite du Code Théodosien. Reste donc l'assertion de Tacite et la loi des Burgondes, qu'il s'agit de concilier, s'il est possible, avec les textes précédemment invoqués. Pour moi, je pense et j'espère démontrer que, loin d'être contradictoires avec les autres, ces derniers monuments du droit germanique ne font que confirmer encore ce que j'ai dit du système suivi à l'égard des étrangers chez les barbares.

En effet, d'abord si l'hospitalité avait été réellement dans les mœurs des Germains, aurait-il été besoin que la loi des Burgondes vînt porter une peine assez dure contre celui qui refusait son toit à l'étranger ? N'est-il pas évident, au contraire, pour peu qu'on réfléchisse sur cette loi, qu'elle présuppose l'existence commune du fait qu'elle veut empêcher et qu'elle est obligée de punir ? D'ailleurs, il y a quelque chose de plus : le commentaire le plus naturel de ces dispositions de la loi Gombette se trouve dans l'*additamentum secundum* (§ 5) de cette loi, lequel porte ce qui suit : « Tout « étranger qui viendra dans notre pays avec des-

« sein d'y fonder son habitation pourra le faire où
« bon lui semblera et avec qui bon lui semblera ,
« ET QU'AUCUN NE S'IMAGINE AVOIR LE DROIT DE FAIRE
« UN ESCLAVE DE CET ÉTRANGER, OU MÊME N'OSE NOUS
« DEMANDER DE LE DÉCLARER SON ESCLAVE. » Certes
une pareille disposition législative eût été bien
superflue si la coutume de réduire les étrangers en
esclavage n'avait pas existé autrefois chez les Bur-
gondes, ou même n'existait pas encore chez leurs
voisins , à l'époque de la promulgation de cet *ad-
ditamentum* , c'est-à-dire au commencement du
sixième siècle.

Quant au § 22 de la *Germanie* , je ne pense pas
qu'il y ait davantage de quoi renverser le système
que j'ai exposé. D'abord les assertions de Tacite
dans sa *Germanie* demandent à être étudiées avec
une certaine réserve : on a toujours soupçonné ce
grand écrivain de prêter quelquefois des vertus
aux barbares pour faire contraster ces vertus avec
les mœurs des Romains de son temps et pour leur
servir de reproche. Et d'ailleurs , même en admet-
tant comme parfaitement exact ce que Tacite
avance ici , si les Germains s'arrogeaient le droit
de réduire les étrangers en esclavage , c'était tou-
jours sous le prétexte que , l'étranger n'étant point

compris dans la garantie réciproque, rien ne répondait qu'il se conduirait bien et qu'il ne troublerait point la paix publique; d'où l'on concluait que l'intérêt de la conservation des membres de la communauté justifiait toutes les mesures qui auraient pour effet de le mettre hors d'état de nuire. Mais cela ne voulait point dire que tout Germain libre eût le droit de mettre à mort le premier étranger qu'il rencontrait ou de le charger de liens pour le vendre comme esclave : l'étranger était seulement plus que personne exposé à ces malheurs, parce que celui qui avait porté atteinte à sa vie ou à sa liberté n'était tenu à aucun *wehr-geld*. Maintenant, dans la règle c'était en vertu d'un ordre émané de la communauté entière que l'étranger pouvait être ainsi maltraité; et même, pour éviter autant que possible le recours à ce remède extrême, il était enjoint par la coutume à tout membre de la communauté de recevoir l'étranger qui venait lui demander l'hospitalité, afin que cet étranger, n'étant pas abandonné à lui-même, mais étant jusqu'à un certain point sous la surveillance de son hôte, ne trouvât pas aussi aisément l'occasion de troubler la paix publique par ses délits. Tel me paraît être le secret

de cette hospitalité des Germains célébrée par Tacite.

Ce ne sont point là de pures conjectures, hasardées pour rendre raison tant bien que mal de textes embarrassants : il y a des documents curieux qui viennent à l'appui de ces idées. Nous voyons dans plusieurs lois barbares que le Germain libre qui recevait chez lui un étranger devait bien prendre garde que le séjour de celui-ci ne se prolongeât trop : autrement, de surveillant il devenait protecteur et garant, et il était exposé à remplir de tout *wehrgeld* que cet étranger aurait encouru. De là les Saxons avaient sur l'étranger une sorte de proverbe : « *Two night gest, thrid night agen hine ;* » ce qui veut dire en latin : *Duabus noctibus hospes, tertiâ nocte familiaris habendus est*. C'est ainsi que dans tout le Nord il suffisait qu'un étranger eût habité trois nuits sous le même toit pour qu'il devînt garanti par son hôte. Cela résulte encore du § 15 des lois anglo-saxonnes de Hlothaire et d'Edric, qui datent de la fin du septième siècle : « *Si quis advenam tribus noctibus hospitio exceperit in propriâ suâ domo, mercatorem aut alium qui extra limites advenerit, et eum ibi suo cibo aluerit, et is tùm alicui malefecerit, ipse alterum illum judicio*

sistat aut rectum perdat » (1). Le même système existait encore plusieurs siècles plus tard : car il est reproduit au titre 27, *De hospitibus*, des lois d'Édouard le Confesseur, où nous voyons que celui qui a reçu un étranger ne devient responsable des méfaits de celui-ci qu'autant que l'hospitalité a duré trois nuits, sauf le cas où il l'aurait excité ou aidé à les commettre. Enfin au chapitre 12 du traité anglo-normand de Britton, voici ce que nous lisons :
« *En droit de hoste, volons que chescun respoine*
« *pur son hoste que il auera hesberge plus de deux*
« *nuyts ensemble, issint que la premere nuyt soit*
« *le estraunges tenus UNKOUTH, l'autre nuyt GESTE*
« *et la tierce nuyt HOGHENHINE.* »

Sans cette responsabilité de l'hôte, la société n'eût eu personne sur qui poursuivre la condamnation méritée par l'étranger ; or, dans les mœurs germaniques, où toutes les offenses se lavaient par le paiement d'un *wehrgeld*, on préférerait de beaucoup à la mort du coupable une créance contre un Germain libre qui, comme membre de la communauté, devait être solvable. Nous voyons aussi que chez les Anglo-Saxons la coutume était que quiconque avait reçu chez lui un étranger l'escortait

(1) Canciani, tome 4, page 231.

à son départ et ne le quittait qu'après l'avoir remis à un nouveau gîte et à un nouvel hôte, afin de l'empêcher de commettre aucun crime. Telle était même la défiance qu'inspiraient les étrangers que les lois anglo-saxonnes déclarent que l'on traitera comme voleur tout étranger qui aurait quitté la grande route pour se jeter dans un bois ou pour prendre un chemin de traverse, sans avoir au préalable crié ou sonné du cor pour attirer sur lui l'attention publique : « *Si peregrinus vel advena devius*
« *vagetur, et tunc nec vociferaverit nec cornu inso-*
« *nuerit, pro fure comprobandus est, vel occidendus*
« *vel redimendus* » (1).

8. Si l'habitude de réduire les étrangers en esclavage existait de toute antiquité en Germanie, par la raison que c'est déjà un pas vers la civilisation que d'admettre un état mitoyen entre celui de citoyen et celui d'ennemi, il ne faudrait cependant pas croire qu'aucun étranger ne pût jamais échapper à cette rigueur. D'abord nul doute que l'étranger qui réussissait à trouver un patron ne conservât son indépendance ; et puis il est bien probable que, chez quelques tribus du moins, la société laissait en repos l'étranger qui ne donnait pas d'inquiétude

(1) *Leges Wihlædi; leges Inæ, cap. 20.*

pour la sûreté publique. Mais l'étranger qui gardait ainsi son indépendance était bien loin d'être sur un pied d'égalité avec les membres du canton germanique. Cet étranger n'était même pas proprement libre, jusqu'à ce qu'il eût été formellement admis dans l'association par tous les associés, ou jusqu'à ce que par une résidence paisible d'un an et un jour au sein de la communauté il eût conquis le droit d'être compris dans la garantie commune. Jusque-là les droits résultant de la liberté et de l'état de rachimbourg lui étaient refusés.

Ainsi d'abord l'étranger, comme nous l'avons déjà vu, n'avait point le droit de port d'armes : car le droit de pouvoir porter constamment ses armes, dans la paix comme dans la guerre, était le signe distinctif du membre de l'association. En conséquence, il ne pouvait paraître dans l'assemblée de la nation, en qualité de juge, de témoin ou de cojureur : car celui-là seul était admis dans l'assemblée, à qui cet honneur appartenait de porter la framée.

L'étranger n'était point non plus capable d'avoir cette propriété parfaite qu'on appelait *arimannia* chez les Lombards, *terra salica* chez les Francs, et que nous trouvons définie naïvement *Terra quam homo potest in lecto suo languens le-*

gare : car cette propriété en principe n'était autre chose que le résultat du partage opéré entre tous les membres du canton sur le fonds qui appartenait par indivis à l'association tout entière (1). L'étranger, qui ne pouvait être propriétaire, ne pouvait par conséquent disposer soit par donation, soit par testament, soit par tout autre mode.

Enfin l'étranger n'était point, ainsi que l'homme *bene Francus*, investi d'une sorte de magistrature en vertu de laquelle il pût seul venger toutes les injures faites à sa personne ou à celle de ses proches : d'où résulte que, quand pour mettre un terme aux guerres privées on eut fixé pour toute offense imaginable une composition pécuniaire que l'offenseur était tenu de payer et dont l'offensé devait se contenter, l'étranger, qui n'avait point eu jusque-là le droit de vengeance privée, n'eut point ce qui le remplaçait, c'est-à-dire le droit à un *wehrgeld*. Seulement nous voyons dans les lois barbares et dans les capitulaires que l'homme libre qui tue ou qui blesse un étranger paye une certaine somme au roi à titre de *fredum* ou d'amende, et il est assez probable que cette pénalité a de bonne heure existé.

(1) Tacite, *Germ.*, § 26; César, *De bello gallico*, vi, 22.

9. En résumé, pour faire connaître en quelques mots quelle était la condition de l'étranger non esclave chez les sociétés barbares, qui s'établirent sur les débris de l'empire romain dans le courant du cinquième siècle et dont les coutumes se conservèrent presque intactes dans tout le nord de notre pays, nous dirons qu'il existait pour les associés ou citoyens des biens et des obligations, soit actives soit passives, qui ne pouvaient appartenir ni aux esclaves ni aux étrangers et dont la privation rapprochait si fort l'esclave et l'étranger, que ce n'était pas la peine de cesser d'être esclave pour ne devenir libre que comme l'était l'étranger.

10. L'origine du droit d'aubaine et des incapacités qui s'y rattachent se trouve dans ces principes germaniques dont nous venons de constater l'existence. Nous avons maintenant, dans les chapitres suivants, à rechercher les diverses transformations que ces principes ont subies avec le temps, par suite des révolutions politiques et morales qui sont comme les degrés de notre civilisation française, et par suite de l'influence extraordinaire que le droit romain, à partir surtout du treizième siècle, a exercée sur notre ancienne jurisprudence.

CHAPITRE II.

De la condition des étrangers dans notre pays sous les deux premières races.

11. Nous avons très-peu de documents qui nous fassent directement connaître la condition civile des étrangers dans notre pays sous les deux premières races. Pour en prendre une idée générale, autant d'ailleurs que cela est possible en présence du défaut de régularité et de fixité dans les institutions qui est le caractère dominant de cette époque, nous serons donc plus d'une fois réduits à des inductions et à des conjectures, qui du reste nous apporteront souvent, sinon la certitude, du moins le plus haut degré de probabilité.

12. Au fond, les mêmes principes qui existaient dans la Germanie durent continuer longtemps de subsister dans la Gaule conquise, non dans leur pureté originelle, mais avec certaines modifications amenées nécessairement par le changement de vie des barbares. Avant la conquête, les relations des hommes libres entre eux étaient pure-

ment personnelles : l'État, s'il est permis d'appliquer cette expression à une société qui n'a encore presque aucune notion d'ordre, ou du moins aucun moyen efficace de faire régner l'ordre, l'État n'était point, comme dans les temps modernes, une association permanente sur un territoire donné ; l'État au contraire, c'était cette tribu nomade que nous avons essayé de décrire, dont les membres étroitement unis entre eux n'étaient point attachés par un lien solide à telle portion déterminée de territoire. Après la conquête, les Francs devinrent véritablement propriétaires : la plupart s'établirent sur les terres conquises, qu'ils avaient reçues du sort et qui prirent de là le nom d'*alleux*. Il en résulta peu à peu que l'État fut formé, non plus seulement des hommes, mais aussi d'un certain territoire déterminé : d'où la conséquence que l'étranger ne fut plus, comme en Germanie, celui qu'aucune obligation personnelle et réciproque ne rattachait à la communauté des hommes libres, mais celui qui était né en dehors du territoire occupé par les Francs et de parents qui n'étaient point d'origine franke.

Mais une telle révolution mit bien du temps à s'accomplir. Les anciennes associations des hom-

mes libres en effet ne furent point brusquement dissoutes par le fait même de l'établissement des barbares dans la Gaule : une pareille dispersion de la bande jusque-là compacte aurait été la plus haute imprudence de la part des vainqueurs, tant que les Gallo-Romains ne furent pas entièrement soumis, tant qu'une fusion ne se fut pas opérée entre les deux races, c'est-à-dire pendant plusieurs siècles. Aussi rencontrons-nous souvent dans les lois barbares, rédigées postérieurement à la conquête, et particulièrement dans certains manuscrits de la loi salique, des traces, déjà un peu effacées il est vrai, du système que nous avons vu exister en Germanie. Voici par exemple un texte de la loi salique qui nous reporte d'une manière frappante aux communautés d'hommes libres que nous avons étudiées dans le chapitre précédent :

« *Si quis super alterum in villâ migrare voluerit, et*
« *aliqui ex eisdem qui in villâ consistunt eum sus-*
« *cipere voluerint, et vel unus vel aliquis ex ipsis*
« *extiterit qui contradicat, migrandi licentiam ibi-*
« *dem non habeat. Si vero contra interdictum unius*
« *vel duorum in villâ ipsâ adsidere præsumpserit,*
« *tunc testare illi debent, et si noluerit exinde*
« *exire, ille qui testat cum testibus sic ei debet tes-*

« *tare ut inter decem noctes exindè exeat....* » (1).

On peut également citer un décret de Clotaire II, de l'an 595, et un décret de Childebert, de la même époque, qui recommandent la formation de centuries ou centènes et qui disent que les membres de chaque centène répondront solidairement du tort fait à l'un d'eux et de la composition qui sera due, en cas d'insolvabilité du délinquant.

13. La condition de l'étranger dut donc être après la conquête ce qu'elle avait été avant, exceptionnelle et en dehors du droit commun. En effet, même sans parler de l'influence des anciennes idées germaniques qui étaient loin d'être entièrement abolies, nous voyons que parmi les Francs les uns reçurent en partage et comme prix de la conquête des terres sur lesquelles ils allèrent s'établir avec leurs familles, tandis que les autres préférèrent vivre comme par le passé autour d'un chef de bande qui les récompensait de leur courage et de leur appui par des banquets et par la distribution du butin qu'ils avaient fait ensemble. Or ni l'un ni l'autre de ces partis n'était ouvert à l'étranger, qui n'avait point contribué de sa personne à

(1) Loi salique, tit. 48, *De migrantibus*, § 1. — Rapprocher de ce texte ce que j'ai dit plus haut d'après Tacite, aux nos 4 et 5.

la conquête et qui n'avait fait partie du cortège d'aucun prince germain. En conséquence, dans ces temps de désordre et d'anarchie où la force seule fondait le droit, l'étranger, abandonné à lui-même, était à la discrétion des hommes forts d'alors ; au cas même où par aventure sa liberté était respectée, comme à cette époque le travail des artisans et des cultivateurs libres était très-peu recherché, l'étranger qui voulait être sûr de ne pas mourir de faim devait s'estimer trop heureux de trouver quelqu'un qui, moyennant le sacrifice de son indépendance, consentît à lui donner du pain et à devenir son protecteur. C'est ainsi que l'usage de la *recommandation* est devenu si fréquent sous les deux premières races, parce que c'était le seul moyen qu'eussent les faibles et les pauvres, les petits propriétaires et les non-propriétaires, de se mettre à l'abri des entreprises des puissants et des misères de la famine.

Nous pouvons au reste remarquer que, du temps que la puissance et la richesse territoriale appartenaient encore aux Gallo-Romains, les étrangers d'alors étaient déjà réduits à ces recommandations. Lorsque les barbares commencèrent à émigrer vers le midi, ce fut d'abord non pas en guerriers

et en conquérants, mais par petites troupes, et quelquefois même individuellement : trop faibles encore pour lutter à force ouverte avec la vieille organisation romaine, quand ils ne trouvaient pas à s'enrôler dans une légion, leur seule ressource pour vivre était d'entrer au service des riches *possessores*, qui les confondaient dans la classe de leurs colons. Telle fut la condition des premiers barbares qui s'aventurèrent dans notre pays, jusqu'à ce que, quittant leurs forêts en masses de plus en plus compactes et s'essayant peu à peu à la conquête de l'empire romain, ils finirent par renverser ce colosse épuisé et dictèrent enfin des lois, là où ils avaient longtemps servi. Entre autres monuments qui nous attestent qu'à l'époque qui précéda la grande invasion, ceux-là étaient obligés de se recommander dont plus tard les descendants eurent à leur tour dans le même pays des recommandés et des vassaux, nous trouvons une loi de l'empereur Valentinien III, de l'an 453, laquelle a pour but de régler la condition de ces *advenæ tenuis abjectæque fortunæ qui se quorundam obsequiis jungunt* (1).

14. Il faut que l'habitude de maltraiter les étran-

(1) *Theod. novell., lib. 2, tit. 9.*

gers, de les regarder en quelque sorte comme la proie légitime du premier occupant, ait été bien enracinée chez les conquérants barbares : car nous voyons sans cesse nos rois, dans leurs capitulaires ou lois générales et dans les lois particulières qu'ils rédigeaient pour tel ou tel peuple soumis à leur empire, recommander l'hospitalité, s'efforcer de la faire considérer comme un devoir sacré prescrit par les livres saints, punir de peines sévères les crimes contre les étrangers, et finalement prendre sous leur protection spéciale ces malheureuses victimes d'anciens préjugés et de mœurs inhumaines. Ainsi dans la loi des Bavarois, qui fut rédigée par Dagobert au septième siècle et qui fut revue par Charlemagne, le législateur s'autorise du texte de l'Exode, — « *Peregrinum et advenam non contristabis de suis rebus,* » — pour défendre d'inquiéter les étrangers : il décide que quiconque sera convaincu d'avoir dépouillé ou vendu ou blessé ou tué un étranger, payera d'abord 160 sol. au fisc ; « *et peregrino, si viventem reliquit omnia injuriâ* » « *quod fecit ei vel quod tulit dupliciter componat,* » « *sicut solet unum de infrâ provinciâ componere.* » « *Si autem eum occiderit, 100 solidos auro adpretiatos cogatur exsolvere ; si parentes desunt, fis-*

« *cus accipiat et pro delicto hoc pauperibus tributuat* » (1). Des dispositions analogues se retrouvent dans plusieurs capitulaires de Charlemagne. Ainsi nous lisons dans le cinquième capitulaire de l'an 803 : « *Volumus ut infra regna, Christo pro-*
« *pitio nostra, omnibus iterantibus nullus hospitium deneget, mansionem et focum tantum.* » De même dans le cinquième capitulaire de l'an 806 :
« *De advenis volumus ut qui jamdiu conjugati sunt*
« *per singula loca, ibi maneant et sine causâ aut*
« *sine aliquâ culpâ non fiant ejecti.* » Enfin le troisième capitulaire de l'an 813 porte une amende de 600 sol. contre quiconque aura tué un étranger (chap. 8).

Nous avons encore une preuve curieuse de la bienveillance de Charlemagne pour les étrangers. Le moine de Saint-Gall nous apprend que deux Écossais très-versés dans les sciences profanes et dans les saintes Écritures, étant venus d'Hibernie en Gaule avec des marchands bretons, Charlemagne, toujours curieux de la sagesse et des savants, les fit venir en toute hâte en sa présence, et, après avoir conversé avec eux, il leur ordonna de rester dans la Gaule, et leur confia pour les instruire

(1) *Lex Bajuuv., tit. 3, § 14.*

beaucoup de jeunes gens, les uns de famille illustre, les autres de condition inférieure, et leur fit fournir des vivres et une habitation commode (1).

A côté de ces dispositions si favorables, mais dont le nombre même atteste l'impuissance contre un usage enraciné dans les mœurs, nous trouvons une habitude révoltante, dont les étrangers étaient victimes, et que les lois, loin de réprimer, autorisaient et enjoignaient expressément. Dès qu'un étranger arrivait dans un pays, on présumait que c'était un esclave fugitif, qui avait voulu se soustraire à un joug trop pesant ; et dans l'incertitude où l'on se trouvait, pour conserver à tout hasard les droits d'un maître qui peut-être n'existait pas, on mettait préventivement le malheureux à la torture, afin de le forcer à avouer qu'il avait voulu voler la liberté. C'est ce qui est clairement établi dans la loi des Burgondes, au § 1 du titre 39 : « *Quicumque hominem extraneum cujuslibet nationis ad se venientem suscepit, discutiendum* » « *judici præsented, ut cujus sit tormentis adhibitis* » « *fateatur.* » Il est à remarquer que cette loi continua de subsister après la conquête du royaume de Bourgogne par les Francs : elle est reconnue

(1) *Monachi S. Gall. Chron., lib. 1, cap. 1.*

comme étant encore en vigueur dans une formule de Marculf (la 8^e du liv. 1), et dans le sixième capitulaire de 803.

15. C'est probablement à Charlemagne que remonte un autre usage très-curieux, qui révèle au moins une tentative d'administration générale et de police, et qui fut sans doute introduit, soit pour qu'on pût toujours avoir l'œil sur les étrangers, soit pour qu'il fût moins facile aux comtes et aux autres grands seigneurs de les maltraiter et de les faire disparaître, soit enfin pour assurer le paiement d'une certaine redevance annuelle, à laquelle les étrangers étaient peut-être déjà assujettis envers le souverain, comme il est certain qu'ils le furent dans les siècles suivants : je veux parler de l'usage de faire chaque année le dénombrement des étrangers établis dans l'empire des Francs. Ce qu'il y a de certain, c'est que Charlemagne régularisa au moins cet usage, en chargeant les *missi dominici* de dresser la liste de tous les étrangers établis dans chaque *missaticum*. Voici à cet égard un extrait bien remarquable du troisième capitulaire de 806 : « *Volumus ut, cum missi nostri ad placitum nostrum venerint, habeant scriptum quanti adventitii sunt in illorum missatico et*

« *de quo pago sunt et nomina eorum et qui sunt seniores eorum.* »

Ce texte, outre le fait principal qu'il constate, nous fournit encore deux conséquences importantes. D'abord le mot *pagus* employé ici semble indiquer que, par une sorte d'imitation de ce qui se passait en Germanie, non-seulement on regardait comme étranger celui qui était né hors de l'empire des Francs, mais même qu'on regardait comme tel dans chaque canton celui qui, établi dans ce canton, n'en était pas originaire : cette tendance, qui multipliait prodigieusement le nombre des étrangers, devait se manifester avec bien plus d'énergie lorsque le système féodal eut morcelé la France en une foule de petits états à peu près indépendants. — En deuxième lieu, les derniers mots de ce texte confirment ce que nous avons déjà vu, à savoir que les étrangers avaient l'habitude de se mettre sous la protection d'un seigneur ; les capitulaires leur en font même un devoir : l'usage de la recommandation, qui s'était probablement introduit dans l'origine par suite du besoin de protection que ressentaient les faibles, et particulièrement les étrangers attirés par une cause quelconque dans notre pays, cet usage fut bientôt imposé par les lois comme un

moyen d'ordre et de répression : cette pratique en effet diminuait le nombre des vagabonds, qui alors étaient encore confondus sous une même dénomination avec les étrangers, et elle était ainsi conforme au désir de sécurité que devaient avoir les Francs devenus propriétaires fonciers. Les lois plaçaient même dans une condition très-dure celui qui n'aurait pas reconnu ainsi un seigneur : elles le mettaient à peu près dans l'impossibilité de contracter ; cela résulte d'un capitulaire de Charlemagne, qui porte : « *Ut nullus comparet caballum, « bovem et jumentum vel alia, nisi eum cognoscat « qui eum vendidit, aut de quo pago est, vel ubi manet, vel quis est ejus senior* » (1). Nous voyons aussi dans plusieurs capitulaires, qu'une fois que l'on avait choisi un seigneur, on n'était plus libre de le changer pour un autre : ce n'était qu'à la mort du seigneur qu'on pouvait en choisir un nouveau. Du reste, à mesure que les diverses peuplades germaniques, établies sur les débris de l'empire romain, eurent reconnu la nécessité, ou au moins l'utilité de relations entre elles, il arriva, à une époque dont nous ne connaissons pas précisément la date, que cette protection d'un seigneur

(1) *Capit. Car. Magn., ann. 806, § 3.*

particulier fut jugée insuffisante pour mettre l'étranger à couvert, ou plutôt fut jugée trop facile à confondre avec la puissance d'un maître sur ses serfs : on inventa alors le patronage de la société tout entière ou du roi qui la représente, et les *Établissements de saint Louis* portent même que les aubains ne peuvent reconnaître d'autre seigneur que le roi *en son obéissance*, c'est-à-dire dans les provinces qui lui étaient immédiatement soumises. Il est encore possible que le premier germe de cette institution existât dès la Germanie, dans les tribus qui avaient un roi : ce qui peut le faire croire, c'est que ce patronage du chef suprême est proclamé dans les lois anglo-saxonnes, qui sont la reproduction la plus fidèle du droit germanique : nous lisons en effet, dans une loi du roi Canute, que le roi est à l'égard de l'étranger *loco. cognati et loco patroni* (1). Quoi qu'il en soit, cette règle dans le principe avait certainement le même but que ce que nous avons vu exister en Germanie, où les lois tendaient constamment à donner un protecteur et un surveillant à l'étranger qui n'était pas encore entré dans la fidéjussion réciproque des hommes libres du canton.

(1) *Leges Cnuti regis, tit. 37.*

16. En dépit de la sagesse de Charlemagne et de quelques autres souverains des deux premières races, il est hors de doute qu'en général les étrangers étaient réduits à la condition des colons ou serfs de glèbe. En effet, par une espèce de lettres patentes de Charlemagne, en faveur d'Espagnols qui avaient été reçus dans l'empire (Baluze, t. 1, p. 500), il est défendu aux comtes d'exiger de ces réfugiés aucun cens; et un capitulaire de Charles le Chauve, donné en faveur des mêmes Espagnols, veut qu'on les traite comme les Francs, et défend d'exiger d'eux le cens (Baluze, t. 2, p. 27). Il est bien évident d'après cela que les comtes étaient dans l'usage d'exiger un cens des étrangers qui arrivaient dans leurs comtés, c'est-à-dire de les traiter comme leurs serfs: car, dans les premiers siècles de notre histoire, suivant l'expression de Montesquieu, c'était une même chose d'être serf et de payer le cens. Mais ces deux textes et d'autres encore permettent aussi de croire que, dès que l'étranger avait reconnu le roi ou lui avait fait aveu, il conservait sa franchise naturelle, sans avoir à craindre les violences et les entreprises des seigneurs particuliers.

17. Malgré toutes ces vexations auxquelles les

étrangers, sous les deux premières races, avaient tant de peine à se soustraire, nous sommes autorisés à croire qu'il y en avait à cette époque un très-grand nombre dans notre pays. L'amour du mouvement et des entreprises, inné dans le cœur des barbares, l'aménité de notre climat et l'attrait irrésistible des fruits du Midi (1), enfin les révolutions continuelles auxquelles étaient en proie les peuples du Nord, telles étaient les causes qui amenaient sans cesse des transmigrations, surtout de l'île de Bretagne et de toute l'Europe septentrionale, dans la Gaule. Aussi voyons-nous que dans certaines parties de l'empire des Francs, probablement sous l'influence du clergé, on avait créé des établissements spécialement destinés à recevoir les étrangers, et en première ligne les Scots : dans la lettre si curieuse que les évêques des provinces de Reims et de Rouen adressèrent en 858 à Louis le Germanique, il est question (au § 10) de ces « *hospitalia peregrinorum, sicut sunt « Scotorum* » : il paraît que ces établissements avaient donné lieu à des abus, et les évêques ré-

(1) Suivant M. de Sismondi (*Hist. des rép. ital.*), les Islandais emploient encore aujourd'hui le mot *figiakasta*, désirer des figues, pour dire désirer quelque chose avec passion.

clament pour qu'ils soient rendus à leur véritable destination.

18. Si nous recherchons maintenant d'une manière précise quels droits, soit publics, soit privés, étaient accordés aux étrangers, même à ceux qui n'étaient pas réduits à la condition de serfs, nous sommes forcés de reconnaître que les mêmes exclusions et les mêmes incapacités que nous avons vues exister en Germanie avaient passé le Rhin avec les barbares et s'étaient naturalisées sur notre sol.

Ainsi tous les droits que nous avons vus être en Germanie l'apanage exclusif du rachimbourg, continuèrent après la conquête d'être refusés à tout ce qui n'était pas Franc. Et il ne faut point distinguer ici, comme nous distinguons au dix-neuvième siècle, entre les droits civils ou privés et les droits politiques : dans l'enfance des civilisations, cette distinction n'existe pas. La loi politique et la loi des intérêts privés sont confondues en une seule loi, et les bienfaits de ce Code unique ne peuvent être revendiqués que par le peuple au sein duquel il a pris naissance.

Les étrangers n'avaient donc ni le droit de porter les armes pour une patrie qui n'était pas la leur,

ni le droit de paraître au champ de mai ou aux *placita* soit de l'empire entier, soit de leur comté ; et ils ne pouvaient pas davantage avoir la propriété parfaite, c'est-à-dire la terre salique ou l'alleu, ni le droit de contracter un mariage valable avec une personne franke et d'avoir des enfants légitimes d'après la loi des Francs.

A l'appui de ces assertions, je citerai seulement ici quelques textes de lois barbares et de capitulaires qui constatent d'une manière bien positive l'existence générale, du cinquième au dixième siècle, d'incapacités dont un débris déparait encore notre législation en 1819 : je veux parler de l'incapacité de l'étranger de succéder et de transmettre sa succession. Quant à l'incapacité de succéder à l'alleu, ou en d'autres termes de prendre la propriété parfaite des biens d'un défunt, elle existait pour l'étranger comme pour la femme, et par la même raison, par la raison que pour être réellement propriétaire, il fallait avoir le droit de port d'armes : « *Ad quemcumque hereditas terræ pervenerit, ad illum vestis bellica aut lorica debet pertinere* » (1). En un mot, les biens-fonds ne pouvaient être acquis que par des hommes faisant partie intégrante

(1) Loi des Angles, tit. 6, § 5.

de la nation et capables de prendre les armes pour la défense générale. — L'incapacité de transmettre par testament ou *ab intestat* se retrouve également en vigueur dans ces siècles reculés ; la loi des Lombards nous fournit à cet égard un texte qui rend tout commentaire superflu et toute contradiction impossible, quand elle nous dit, en parlant des *gargangi* qui sont venus s'établir dans le royaume : « *Si legitimos filios habuerint, heredes eorum in omnibus, sicut et filii Longobardorum, existant; et si filios non habuerint legitimos, non sit illis potestas absque jussione regis res suas cui-cumque thingare aut per quodlibet ingenium aut per quemlibet titulum alienare* » (1).

S'il restait encore un doute sur l'existence de ces incapacités dans notre pays à l'époque qui nous occupe, il suffirait pour le faire tomber de s'arrêter un instant sur le premier capitulaire de l'an 806, qui est intitulé *Charta divisionis regni Francorum* et qu'on a quelquefois appelé le testament de Charlemagne. On voit, au § 9 de ce précieux document, que Charlemagne, divisant son empire entre ses trois fils, mais voulant que malgré ce fractionnement des liens intimes continuent

(1) Loi des Lombards, liv. 3, tit. 15.

de subsister entre les sujets des trois jeunes princes, comme si tous obéissaient encore au même souverain, est obligé, pour atteindre ce but et pour empêcher la conséquence naturelle de la séparation des trois nouveaux états qu'il forme, de déclarer expressément que tout homme libre sera capable de recueillir la succession de son parent, quand même celui-ci n'obéirait pas au même souverain, quand même cette succession viendrait à s'ouvrir dans l'un des deux autres états. N'est-il pas évident, d'après cela, que, par le droit commun de cette époque, pour pouvoir recueillir ou transmettre une succession, il fallait que le *de cujus* et l'héritier fussent sujets du même prince? N'est-il pas de toute évidence que la disposition que je viens de citer dit implicitement, mais invinciblement, que le sujet de Charlemagne ou d'un de ses fils n'aurait pu ni succéder ni transmettre à un étranger proprement dit, par exemple à un Anglais, ou à tout autre né hors de l'empire des Francs? Pour empêcher de se produire cette incapacité entre sujets de souverains différents, il est tellement vrai qu'il fallait une disposition expresse, et par conséquent une dérogation au droit commun, que dans deux capitulaires de Louis le

Débonnaire, l'un de 817 et l'autre de 837, qui ont également pour but le partage de l'empire, mais toujours avec le même désir de continuation de confraternité entre les sujets des différents souverains, Louis le Débonnaire a encore grand soin de dire qu'il entend que ces sujets soient capables de se succéder les uns aux autres comme s'ils étaient encore réunis sous le même sceptre.

Il est à remarquer maintenant qu'il y a une seule espèce de biens pour laquelle, dans les trois capitulaires que je viens de citer, on laisse subsister le droit commun. Il est positivement dit dans ces trois textes que jamais un bénéfice ne pourra passer par succession à une personne qui n'obéirait pas au souverain du défunt bénéficiaire. Et quel est le motif de cette restriction ? *Ne fortè per hoc, si aliter fuerit*, dit Charlemagne, *scandalum aliquid accidere possit*. Charlemagne avait pressenti le régime féodal : il entrevoyait la puissance orgueilleuse du possesseur de bénéfice ou de fief, et il ne voulait pas que cette puissance déjà si redoutable à la royauté fût encore susceptible de passer dans des mains étrangères, dévouées à un souverain autre que le roi des Francs. Nous verrons plus tard ce que cette idée, qui n'avait point échappé

au génie de Charlemagne , devint sous les rois de la troisième race assistés de leurs légistes.

19. Jusqu'à présent, nous n'avons encore vu aucun changement notable opéré dans la condition des étrangers depuis que les peuples germaniques se sont établis sur l'ancien empire romain. La conquête eut cependant pour effet de modifier sensiblement cette condition sous un rapport. Après la conquête, les deux nations franke et romaine, confondues sur le même territoire , conservèrent longtemps des mœurs et des lois distinctes : c'est de là qu'est sorti le système des lois que nous nommons *personnelles* , par opposition aux lois réelles ou territoriales. C'est un principe des temps modernes que le droit se détermine par le territoire et qu'il régit les propriétés de tous ceux qui résident sur ce territoire de sorte que , prise à ce point de vue , la condition de l'étranger se confonde avec celle du regnicole. Dans la première partie du moyen âge , à l'époque qui nous occupe, toutes les lois étaient personnelles : les Francs , les Gallo-Romains, les Goths , les Burgondes , vivaient sur le même sol, chacun d'après son droit. Ainsi s'explique ce passage d'une lettre d'Agobard à Louis le Débonnaire : « On voit souvent converser ensemble cinq person-

« nes dont aucune n'obéit aux mêmes lois. » Outre la faculté de suivre sa loi naturelle , remarquons que le système de la personnalité comprenait encore la faculté pour chacun de n'être jugé que par des juges de sa nation.

Montesquieu (1) a soutenu que dès les forêts de la Germanie le système des lois personnelles existait chez les peuples germaniques , et il en a attribué l'origine à un ardent amour de la liberté particulier à ces peuples. Mais il serait bien difficile de démontrer que de l'amour de la liberté dussent découler de pareils effets. Des sentiments humains et hospitaliers expliqueraient cette institution mieux que l'amour de la liberté ; mais de pareils sentiments, nous l'avons vu, étaient loin d'exister chez les anciens Germains. D'ailleurs le besoin d'une institution telle que la personnalité des lois ne peut pas se faire sentir à des hommes qui ne connaissent point le commerce et qui sont seulement de temps en temps en contact avec des étrangers isolés : le besoin d'une institution semblable se manifeste lorsque deux ou plusieurs nations sont réunies en masses considérables, parce qu'alors chaque nation y trouve son intérêt ; mais il

(1) *Esprit des lois*, lib. 28, ch. 2.

est de toute invraisemblance qu'un simple sentiment de faveur pour les étrangers, qui à de longs intervalles viennent dans un pays, puisse jamais la faire établir.

La preuve que dans l'origine l'étranger qui se trouvait au milieu des Francs ne pouvait suivre sa loi nationale, cette preuve se trouve dans un passage célèbre de la *Lex Salica emendata*, laquelle malgré son titre est le texte le plus ancien et le plus pur : « *Si quis ingenuus Francum aut hominem barbarum qui lege Salicâ vivit occiderit....* » On voit bien par ce texte que le système des lois personnelles n'existait pas encore, ou du moins que tous les barbares dans la Gaule conquise vivaient sous l'empire de la même loi, de la loi salique. Maintenant, à mesure que les Francs eurent soumis les Wisigoths, les Burgondes, les Alemans, les Bavares et les Saxons, le droit de ces diverses tribus fut reconnu dans l'empire franc dont elles faisaient partie. Avant ces conquêtes successives, les Francs ne pouvaient pas reconnaître l'existence dans leur empire de lois dont ils avaient à peine connaissance, parce qu'elles n'étaient invoquées que par un très-petit nombre d'individus; mais une fois ces peuplades soumises, une communication

générale s'établit entre des personnes d'origines diverses, et chacun put alors librement invoquer sa loi nationale. Nous voyons en effet que la loi des Ripuaires, dont la rédaction date d'une époque comparativement assez récente, reconnaît expressément la loi salique, la loi des Burgondes et la loi des Alemans (1); et elle fixe pour les Germains étrangers un autre *wehrgeld* que pour les Francs, distinction qui n'existe point dans la loi salique. Nous voyons aussi dans Marculf qu'au septième siècle le principe de la personnalité des lois était en vigueur : car il y a une formule où le roi dit au comte : « Tu commanderas tous les peuples
« qui existent dans ton comté, mais tu auras soin
« de ne faire appliquer à aucun une autre loi que
« sa loi nationale. »

En résumé, après le premier établissement des Francs dans la Gaule, on n'avait admis la validité que de deux lois, celle de la race conquérante et celle de la race vaincue; mais lorsque les Francs eurent étendu leurs conquêtes, il y eut nécessité de reconnaître les lois des races germaniques vaincues, et il y eut autant de lois que de peuples diverses soumises à l'empire des Francs. —

(1) *Lex Ripuar.*, tit. 31, §§ 3 et 4.

Maintenant il ne faudrait pas s'imaginer que tout étranger sans exception, qui se trouvait au milieu des Francs, fût en paisible possession du droit d'invoquer sa loi nationale. Il est probable, même d'après ce que nous venons de dire, que régulièrement ce droit n'appartenait qu'aux membres des peuplades soumises et réunies à l'empire ; qu'ainsi par exemple les Scots, dont l'affluence était cependant excessive dans notre pays, n'étaient point admis, au moins dans l'origine, à vivre sous l'empire de leur loi nationale. Et puis d'ailleurs, pour que le système des lois personnelles soit parfaitement respecté, il faut supposer une société bien organisée, où la violence ne peut se produire sans être à l'instant réprimée, où chaque individu pour faire respecter ses droits peut recourir à autre chose qu'à sa force personnelle ; or la société franke, à l'époque qui nous occupe, était loin d'avoir atteint ce degré de civilisation. Le Franc puissant qui avait une contestation avec un étranger trouvait bien le moyen de la vider d'après la loi qui lui était le plus favorable et non d'après la loi de l'étranger ; et cet étranger était même bien heureux quand pour le condamner on daignait s'appuyer d'une loi quelconque.

20. Il nous reste à voir comment on faisait régulièrement, quand la violence ne s'en mêlait pas, l'application du principe de la personnalité.

1° Les biens n'étaient point soumis à la loi territoriale, ils étaient régis par la loi du possesseur. Il y a seulement une remarque à faire : les alleux, étant les terres qui avaient été distribuées par le sort entre les conquérants, ne pouvaient être possédés que par des Francs : il est donc permis de dire que sous ce rapport la loi des Francs était une loi territoriale.

2° Dans la règle, la capacité et les droits d'une personne ne pouvaient être établis que par la loi de sa nation, c'est-à-dire la loi de la nation d'où son père était issu. C'est ce qu'atteste l'usage où l'on était de désigner le droit personnel d'un individu par le nom de sa nation : ainsi on était Franc et l'on suivait le droit des Francs parce qu'on était né d'un père franc. Il y avait trois exceptions à cette règle : la femme mariée suivait la loi de son mari ; le corps entier du clergé, sans distinction d'origine, suivait la loi romaine ; enfin l'affranchi, d'après la loi des Ripuaires, selon le mode par lequel il avait été affranchi, suivait le droit des Francs ou le droit romain.— Telles étaient chez les Francs

la règle et ses exceptions. Un système différent était suivi chez les Lombards : nous voyons dans les lois de Rotharis (§ 390), que tous les *gargangi* qui arrivent dans le royaume lombard doivent suivre les lois lombardes , à moins que *par une faveur spéciale* on ne leur permette de suivre leur loi nationale. Ce texte vient à l'appui de ce que j'ai dit lorsque , contrairement à l'opinion de Montesquieu , j'ai essayé de démontrer que le système des lois personnelles n'existait point dès la Germanie. — On a cru pendant longtemps que tout individu, sans aucun égard au droit de sa nation , pouvait choisir la loi qu'il voulait suivre ; c'est une opinion que M. de Savigny a réfutée de la manière la plus péremptoire dans son *Histoire du droit romain au moyen âge*.

3° Quant aux matières litigieuses, le procès civil entre deux individus de nations diverses devait être jugé d'après le droit du défendeur (1).

4° Enfin dans la loi salique il y a des dispositions qui ont une assez grande analogie avec ce que l'art. 3 de notre Code civil appelle *lois de police et de sûreté*, c'est-à-dire des dispositions générales également applicables à tous ceux qui se

(1) *Lex Ripuar.*, tit. 31, § 3.

trouvaient sur le territoire conquis par les Francs. Ainsi un vol était commis au préjudice d'un Franc : le voleur, à quelque nation qu'il appartînt, payait une amende fixée par la loi salique (1).

21. Le système des lois personnelles se conserva tel que nous venons de le décrire , à peu près jusque vers le dixième siècle. Jusqu'à cette époque, en effet, il ne s'est pas encore formé une nationalité compacte sur le territoire qui doit devenir la France, il n'y a encore aucune cohésion entre les éléments divers d'où doit sortir le peuple français : des individus appartenant à une foule de tribus distinctes vivent à peu près indépendants les uns à côté des autres. La liberté sans doute a ses degrés dans cette période, l'étranger chez les Francs est dans une position très-inférieure à celle du Franc ; mais enfin cet étranger, quand il n'a pas été réduit en servitude, en quelque lieu qu'il se trouve, continue d'appartenir à une tribu qui a sa loi particulière, et il peut invoquer cette loi.

A la fin du dixième siècle, la force même des choses a amené la destruction du principe de la personnalité des lois : à cette époque tout ce qui n'est pas possesseur de fief est serf ou mainmorta-

(1) *Lex Salica emend.*, tit. 15, §§ 1 et 2.

ble. Au lieu de ces grandes tribus que nous avons vues réunies sous Charlemagne , ayant chacune son droit privé distinct , et dont les membres se dispersent dans tout l'empire , il se forme à présent des communautés qui ne sont plus composées de citoyens libres. Il n'y a plus dans notre pays des Francs , des Alemans , des Burgondes , des Wisigoths , il n'y a plus des peuplades diverses ; il y a des communautés, grandes et petites, dans lesquelles tous les habitants sans distinction d'origine sont entrés comme serfs !

Peu à peu au sein de chacune de ces communautés une coutume se forme, qui sort du mélange des lois barbares, des Capitulaires, des Décrétales, enfin de certaines règles nouvelles adaptées aux besoins actuels des membres de la communauté. C'est de cette époque en effet que datent toutes nos anciennes Coutumes : elles ont ainsi vécu pendant six siècles, avant d'être rédigées, au moins d'une manière officielle.

De même que ceux à qui elles s'appliquent, avant de passer de l'état de serfs à celui de *vilains* ou de *coustumiers* , sont renfermés dans le fief comme dans une prison, de même ces Coutumes sont éminemment attachées au territoire, elles

s'étendent sur un certain ressort d'où elles ne peuvent sortir, elles sont exclusivement réelles et nullement personnelles. Ce n'est guère que vers le treizième siècle, à l'époque de l'émancipation des communes, qu'on commence à reconnaître dans les coutumes des statuts personnels, c'est-à-dire susceptibles de suivre la personne pour régler sa capacité en quelque lieu qu'elle aille résider : car c'est seulement à cette époque que le fief cesse d'être clos d'une barrière infranchissable.

CHAPITRE III.

De la condition des étrangers depuis l'établissement du régime féodal jusqu'à la révolution de 1789.

§ 1^{er}. — Des étrangers en général.

22. Le droit coutumier, dont nous allons actuellement rechercher les principes à l'égard des étrangers, ne devait point créer pour ceux-ci une position tout à fait nouvelle, absolument différente de ce que nous avons vu jusqu'ici. En effet, c'est une erreur de croire que le droit coutumier a sa source uniquement dans le régime féodal : le droit coutumier se rattache à un système bien plus ancien que le système féodal, tel qu'il existe chez nous à partir du commencement du dixième siècle. Presque toutes les institutions germaniques que Tacite nous a fait connaître se retrouvent dans le droit coutumier, et l'on peut dire sans exagération que le lien le plus intime rattache nos coutumes françaises au droit des barbares. En admettant qu'il y ait eu dans nos anciennes coutumes quelques institutions nées véritablement de la féodalité, et totale-

ment inconnues avant elle, il faut reconnaître du moins que ces institutions étaient presque uniquement relatives aux obligations réciproques du vassal et du suzerain et à la tenure des fiefs. Pour tout le reste, le droit coutumier est une reproduction bien marquée des lois germaniques.

Nous devons donc nous attendre à retrouver dans le droit coutumier l'empreinte profonde des mêmes principes que nous avons vus admis à l'égard des étrangers dès les forêts de la Germanie ; et n'était l'influence que le droit romain, depuis la création de l'université de Bologne, exerce de plus en plus sur la jurisprudence dans la majeure partie des pays coutumiers, on ne trouverait guère dans la condition civile des étrangers à ces deux époques si diverses, de différences que dans les noms. Sous les Coutumes, l'état social n'est plus ce qu'il était en Germanie ; mais de nouvelles considérations viennent encore expliquer, sinon justifier toujours, les anciens principes qui au fond continuent de subsister.

23. A partir du moment où les lois barbares sont peu à peu remplacées par le droit coutumier qui en découle, les étrangers, qui jusqu'alors avaient été désignés par les noms de *gargangi*, ad-

venæ, *peregrini*, nous apparaissent presque constamment sous la dénomination d'*aubains* ou sous celle d'*épaves*.

Le nom d'aubains, *albani*, se trouve employé pour la première fois au neuvième siècle. Nous possédons une charte de Louis le Débonnaire, de 820 (*ex parvo Chartulario ecclesiae Parisiensis*), par laquelle il concède à l'évêque Ynchadus et à ses successeurs le droit d'immunité sur la terre de Sainte-Marie, de telle sorte qu'aucun comte ne puisse percevoir aucun cens sur cette terre, et ne puisse prétendre aucune autorité et aucune juridiction, ni sur les membres de l'Eglise *neque in aliis liberis hominibus vel incolis qui rusticè albani appellantur*. Nous lisons également dans une charte du même siècle, qui accorde une immunité semblable : « *Nec de liberis hominibus albanisque ac colonis in supradictâ terrâ commanentibus aliquem censum vel redibitionem accipere præsumat* » (1).

Quelle peut être l'étymologie de ce nom d'aubains, *albani*? On dit ordinairement que c'est une contraction de *alibi nati*. Mais il ne faut voir là

(1) *Dipl. Lotharii et Lud., reg. Fr., ad petit. Elixardi, episc. Paris.*

qu'un jeu de mots ridicule ; et ce qui le prouve suffisamment, c'est que, précisément dans l'origine, comme nous le verrons bientôt , on a quelquefois appelé *aubains* des individus nés en France. Voici l'étymologie que nous adopterons , avec le savant de Laurière. Dans les temps anciens comme au moyen âge , on a souvent eu l'habitude de désigner plusieurs peuples par le nom particulier à l'un d'eux. Les Juifs donnaient autrefois aux étrangers le nom de Grecs : ainsi quand saint Paul dit dans son Épître aux Romains, « *Virtus Dei est in salutem omni credenti, Judæo primùm et Græco* », par le Grec il entend tous les Gentils. De même, la femme appelée dans l'évangile de saint Matthieu (ch. 15, v. 22) Chananée, *Χανααῖα*, est nommée grecque par saint Marc, quoique selon le même évangéliste elle fût née en Phénicie. Cet usage passa à tous les Orientaux : anciennement on appelait Francs dans tout l'Orient les chrétiens de l'Europe, de quelque nation qu'ils fussent, parce que nos pères plus que tous autres s'étaient rendus célèbres dans le Levant par leurs pèlerinages : c'est ce que nous atteste l'historien *Willebrandus ab Oldenburg* (1) ; et aujourd'hui même, les Turcs ont en-

(1) Recueil des histor. byzantins, tome 23.

core conservé l'épithète de *Franki* comme synonyme d'infidèles. Comme les Français du moyen âge étaient le peuple le plus voyageur du monde, il est arrivé qu'à l'imitation des Orientaux les habitants des Iles Britanniques donnèrent aussi le nom de Francs ou de Gaulois à tous les étrangers, parce qu'il y en avait plus chez eux de notre nation que de toute autre ; Jacques Ware, l'un des plus savants hommes qu'ait produits l'Irlande, le dit positivement : « *Hyberni veteres externos, præsertim vicinos Europæos, cujuscumque fuerint nationis, non raro GALLOS promiscuè appellabant* » (1). Nous trouvons encore une preuve de cet usage dans le chap. 28 de la *Vie de saint Malachie*, où saint Bernard, qui en est l'auteur, fait dire aux ennemis de Malachie : « *Scoti sumus non Galli* », c'est-à-dire nous sommes Écossais et non pas étrangers. Réciproquement un usage semblable s'introduisit dans notre pays, où très-anciennement presque tous les étrangers étaient Anglais et surtout Écossais : en effet, selon l'expression d'un agiographe, *Scotis consuetudo peregrinandi penè in naturam versa erat*. On s'habitua insensiblement, en raison de cette circonstance, à donner à tous

(1) *Antiquit. hybernic.*, cap. 6, p. 36.

les étrangers le nom d'aubains, *albani*, qui était proprement le nom particulier des Écossais, ainsi que le prouvent un grand nombre de textes, et notamment les trois que nous allons citer. D'abord nous lisons dans Jacques Ware : « *Neque hac ratione omittendi sunt Scoto-Britanni, quos Hi-bernii vulgo Albanos vocant* » (1) ; et dans les lois d'Édouard le Confesseur : « *Si fuerit Anglicus vel Dacus, Waliscus vel Albanicus...* » (2) ; enfin dans les lois de Guillaume le Conquérant, au chap. 51, les Écossais sont nommés *Scoti Albanice*. Ce qui vient encore à l'appui de ces textes, c'est qu'anciennement la Bretagne était nommée *Albidia* ou *Albion*, et qu'aujourd'hui les Écossais ont conservé pour leur pays le nom d'*Albin* et pour eux-mêmes celui d'*Albinich*.

Quant au nom d'*Épaves*, qu'on ne commença à donner à une certaine classe d'étrangers que sous les Coutumes, il vient du latin *expavesfacta*. C'était proprement ainsi que l'on désignait les animaux effarouchés qui s'étaient éloignés de leur troupeau, et dont on ne connaissait pas le maître.

Les dénominations d'aubains et d'épaves n'é-

(1) *Cap. 77.*

(2) *Leges Edovardi regis, cap. 35.*

taient pas tout à fait synonymes. La différence nous est indiquée notamment dans un texte que Bacquet regarde comme très ancien, et qui nous fait connaître ce qui avait lieu dans toute la France, mais surtout en Vermandois ; c'est un extrait des registres de la Chambre des comptes. Voici ce que nous y lisons : « *aubains* sont hommes et femmes qui sont
« nez en ville dehors le royaume, si prochain que
« l'on peut connoistre les noms et nativitez de tels
« hommes et femmes ; et quand ils sont venus
« demeurer au royaume, ils sont proprement ap-
« pelés aubains et non 'espaves. *Espaves* sont
« hommes et femmes nez dehors le royaume, de
« si loingtains lieux que l'on n'en peut au royaume
« avoir connoissance de leurs nativitez ; et quand
« ils sont demeurants au royaume , peuvent être
« dits espaves. »

Voici un deuxième extrait des registres de la même chambre qui, dans son style naïf, tend à établir que très-anciennement le nom d'aubains n'était pas donné seulement aux individus nés en pays étranger ; mais qu'on l'appliquait quelquefois à tous ceux dont la naissance était environnée de ténèbres, et aussi à ceux qui, bien que nés en France, et jouissant par là même du droit civil,

descendaient de personnes placées par leur origine dans une position à part : « Item tous aubains sont
« personnes qui ne sçavent dont ils sont naiz, ne
« dont ils sont extraits : comme on pourroit dire,
« enfants nouveaux nasquis et gaignez par aucu-
« nes jeunes femmes, désirants estre céléés ; et
« pour ce les font mettre aux huys d'aucunes égli-
« ses avec du sel, en signifiant qu'ils ne sont pas
« baptisez, ou autres enfants apportez d'estranges
« païs, comme enfans pris en guerre si jeunes,
« qu'ils ne sçavent dire dont ils sont, ne les noms
« des père et mère. Ou aucuns enfans legitimez,
« décendus de bastards ou espaves desquels le
« roy est héritier de tout quand ils trépassent,
« s'ils n'ont enfans legitimes ; *mais iceux enfans*
« *legitimez peuvent tester à leur plaisir, et c'est ce*
« *qu'on dit aubains.* » Dans le procès-verbal de la
Coutume de Laon se trouve un texte qui a la plus
grande analogie avec celui-là.

La distinction de l'aubain et de l'épave ne paraît pas avoir eu d'importance pratique : c'était le même droit rigoureux qui pesait sur l'un et sur l'autre, sauf la différence qui semble résulter des derniers mots du texte ci-dessus, mais qui dans tous les cas n'avait lieu que pour une certaine es-

pèce d'aubains. Mais on a reconnu pendant plusieurs siècles dans notre pays deux classes d'étrangers qu'il faut bien se garder de confondre, parce que ce n'était pas tout à fait le même droit qu'on appliquait à l'une et à l'autre. La première classe comprenait les individus qui quittaient soit l'évêché soit la *chastellerie* (c'est-à-dire le territoire du *bers* ou baron) où ils étaient nés pour aller s'établir ailleurs : ils étaient regardés et traités comme étrangers ou aubains dans le nouveau diocèse ou la nouvelle chastellerie où ils venaient résider, et ils y étaient soumis à ce qu'on nommait *Droit d'aubainage*. La deuxième classe se composait de ceux qui étaient nés hors du royaume et qui venaient se fixer en France. Dans les Établissements de saint Louis, ceux-ci sont appelés *mécus* ou *méconnus*, c'est-à-dire gens qu'on ne peut croire sur leur origine ; c'étaient proprement les aubains, et ils étaient soumis au droit d'aubaine.

24. Occupons-nous d'abord des aubains de la première classe.

Nous avons parlé de la recommandation et nous avons vu que sous Charlemagne tout individu qui ne possédait ni alleu ni bénéfice était dans l'obligation de reconnaître pour seigneur soit le comte,

soit un autre homme notable du comté où il résidait. Lorsque les offices royaux furent devenus héréditaires, lorsque les comtes et les autres officiers de la couronne eurent changé une fonction subordonnée et révocable en une sorte de souveraineté à peu près indépendante, ils maintinrent pour leur avantage particulier une institution qui avait d'abord été établie pour la protection des faibles et dans l'intérêt de la sécurité publique : tout individu résidant dans le territoire soumis à un de ces suzerains fut obligé de se mettre au nombre de ses vassaux ou de ses serfs ; c'était une nécessité à une époque où tout ce qui n'était pas seigneur ou possesseur de fief était serf, et où dans chaque fief tout, hommes et choses, était en la puissance du seigneur. Ainsi, dans les premiers temps de la féodalité, toute personne qui passait d'une seigneurie dans une autre était d'abord exposée à être revendiquée par le seigneur qu'elle quittait, si elle n'avait été affranchie par lui ; et, au cas où ce seigneur gardait le silence ou n'était pas assez fort pour faire respecter son droit de poursuite, le fugitif devait venir se reconnaître l'homme du nouveau suzerain qu'il avait choisi, et qui dès lors percevait sur lui un cens comme sur les autres serfs.

Tant que le nombre des fiefs ne se fut pas encore prodigieusement multiplié par les sous-inféodations, le serf était considéré comme aubain dès qu'il sortait de la terre sur laquelle il résidait, dès qu'il voulait se soustraire au seigneur dont la puissance pesait immédiatement sur lui. Plus tard, quand il y eut dans le système féodal toute une échelle de seigneurs remontant depuis le dernier vavasseur jusqu'au roi, *grand fieffeux* de son royaume ; à mesure aussi que de jour en jour la liberté pénétra par quelque endroit dans la cabane du serf, et qu'il commença même à se former à côté des serfs une classe d'hommes libres ou d'affranchis sous le nom d'*hommes de poeste*, alors le cercle dans lequel il était permis à chacun de se mouvoir s'étendit davantage, l'homme ne fut plus un immeuble par destination, attaché à une petite portion déterminée de territoire : l'usage s'établit peu à peu que, pour être sujet au droit d'aubainage, il fallait être sorti, non-seulement de la terre du vavasseur auquel on était immédiatement soumis, mais du fief du baron ou grand vassal qui relevait immédiatement de la couronne. C'est ce qui semble résulter de ce chapitre des Établissements de saint Louis, qui nous indique ce

qui avait lieu à la fin du treizième siècle : « Se au-
« cuns hons estrange vient ester en aucune chas-
« tellerie de aucun baron, et il ne fasse sainnieur
« dedans l'an et le jour, il en sera exploitable au
« baron. Et se aventure estoit que il morust et il
« n'eust commandé à rendre iv den. au baron,
« tuit se müebles seraient au baron » (1). Le même
usage n'était cependant pas observé partout : sui-
vant l'ancien usage de l'Église, on réputait étranger
l'individu qui était né dans un autre diocèse ou
dans un autre *crème* que celui où il résidait et qui
avait été baptisé dans un autre diocèse, sans même
en excepter l'évêque, s'il se trouvait qu'il fût dans
ce cas (2) ; et ce système a été suivi dans l'ancienne
Coutume d'Anjou glosée, ainsi que dans la Cou-
tume de Saint-Cyran en Brenne et dans celle de
Loudunois, dont nous aurons bientôt occasion de
citer les dispositions à cet égard.

Si nous voulons maintenant voir avec quelques
détails quelle était la condition de cet aubain dans
la nouvelle demeure, nous ne trouvons guère de
renseignements à cet égard que dans le passage que
nous venons de transcrire : parmi tous les coutu-

(1) *Établ. de S. Louis*, liv. 1, § 87, *D'home estrange qui n'a point de Seigneur*.

(2) Brussel, *Usage des fiefs*, liv. 3, ch. 16.

miers, celui qui nous est parvenu sous le nom d'*Établissements de S. Louis* est le seul en effet qui nous parle de la condition de cette première classe d'aubains ; l'art. 86 de l'ancienne Coutume d'Anjou glosée ne fait que répéter ce que nous trouvons ici. Voici en définitive sous quels rapports la condition de cet aubain était plus dure que celle des autres serfs auprès desquels il était venu se fixer. D'abord s'il avait laissé écouler un an et un jour sans *faire aveu*, c'est-à-dire sans reconnaître expressément pour son seigneur le baron ou un de ses vavasseurs, le baron acquérait sur lui une sorte de saisine et pouvait confisquer tout son avoir, ou du moins lui faire payer une forte amende : dès lors la liberté de choisir pour seigneur qui bon lui semblait lui était enlevée ; il était irrévocablement l'homme du baron, qu'il ne pouvait plus *désavouer* qu'en certains cas déterminés et peu nombreux. En deuxième lieu, cet aubain par son testament devait toujours léguer au baron quatre deniers, sans quoi le baron prenait tous ses meubles à l'exclusion de tous héritiers quelconques. Sous tous autres rapports, cet aubain était dans la même position juridique que les personnes originaires de la chastellerie où il était venu s'éta-

blir ; car par son aveu, exprès ou tacite, il s'établissait entre lui et le seigneur qu'il avait reconnu les mêmes obligations qui existaient entre ce seigneur et ses vassaux de naissance.

Quoique les Établissements de saint Louis n'aient point eu le caractère d'un Code officiel, d'une loi obligatoire pour toute la France, mais que ce fût simplement, suivant l'expression de Choppin, « un vieux livre sans nom d'auteur », une ancienne coutume mise sous le patronage du nom de saint Louis, cependant, comme ce recueil contient les anciens usages d'Anjou et même ce qui se pratiquait en général dans la jurisprudence française, il est permis de croire que le même droit était à peu près suivi dans tous les pays coutumiers à l'égard de cette espèce d'aubains. C'est ce que prouvent encore les deux articles suivants de la Coutume de Saint-Cyran et de la Coutume de Loudunois, dans lesquels le même système est reproduit avec de légères modifications. Nous lisons d'abord dans la Coutume de Saint-Cyran locale de Touraine : « Par ladite coutume le droit d'aubage se prend par ledit seigneur de Saint-Cyran « et en chascune jurisdiction dépendante de sadi-
« dite chastellenie, tel qu'il est introduit par ladite

« coustume, si le décédant n'est du crème de
« Bourges, pour ce que ladite chastellenie est en
« la spiritualité de Berry et en la temporalité de
« Touraine. » Et voici en second lieu l'art. 5 de
la Coutume de Loudunois, au titre De moyenne
justice : « Quand aucuns forains qui ne sont du
« diocèse décèdent en sa justice, le seigneur a
« droit d'avoir l'aubenage : c'est à savoir une
« bourse neufve et quatre deniers dedans ; et doit
« être payé ledit aubenage au seigneur, son rece-
« veur, ou en son absence à autre son officier,
« avant que le corps du décédé soit mis hors de la
« maison où il est trépassé ; et en défaut de payer
« ledit aubenage, ledit seigneur peut prendre et
« lever soixante sols d'amende sur les héritiers et
« biens dudit défunt, ensemble sondit aubenage. »
Enfin l'art. 43 de la Coutume de Touraine est en-
core en ce sens.

Jusqu'à quelle époque a subsisté cet usage barbare qui faisait considérer en France des Français comme étrangers ? Deux causes principales durent contribuer à le faire tomber en désuétude. D'abord l'émancipation des communes établit des rapports nouveaux, elle permit au commerce de prendre enfin naissance, et par suite elle fit sentir le besoin

de rendre plus faciles et plus fréquents les changements de résidence. Nous voyons plusieurs chartes de communes où il est dit expressément que nul droit d'aubainage ne pourra être perçu dans le territoire de la commune. Il y a plus : tout individu, sans distinction d'origine, qui pendant un an et un jour avait résidé paisiblement sur le territoire de certaines villes devenait par là même bourgeois de la ville : en effet Beaumanoir, énumérant les modes par lesquels on sort de servitude, nous dit que « en aucunes viles tout li « habitant sunt franc par previlage ou par coutume » (1). Dès l'an 1145 Louis VII déclare, dans une Charte qui nous a été conservée, que Louis VI avait changé certaines mauvaises coutumes qui avaient cours à Bourges : entre autres, il avait été permis aux étrangers de venir ou de s'en aller avec leurs biens sans être inquiétés, même quand la seigneurie d'où ils venaient serait en hostilité avec le roi (2). — Une autre cause qui dut contribuer aussi à faire disparaître le droit d'aubainage entre les seigneurs, ce fut l'abaissement successif des grands feudataires sous les efforts incessants de la

(1) Coutume de Beauvoisis, ch. 45, § 36.

(2) La Thaumassière, Coutumes locales du Berry, p. 62.

royauté. Au onzième et au douzième siècle, les seigneurs voulaient jouer les rois dans leurs seigneuries : ils s'attribuaient les uns vis-à-vis des autres tous les droits qu'ils voyaient le roi exercer vis-à-vis des autres souverains. A mesure que les rois, principalement avec l'aide de leurs légistes et aussi à force ouverte, eurent réussi à faire reconnaître une limite certaine entre les droits de la couronne et les droits seigneuriaux, ils rentrèrent peu à peu dans la possession exclusive de tous droits sur les étrangers ; or pour le roi ceux-là seuls étaient étrangers qui n'étaient pas nés dans une province quelconque du territoire français. Aussi est-ce à partir de Philippe le Bel, au commencement du quatorzième siècle, précisément à la même époque où le roi commençait à exercer seul le droit d'aubaine sur les véritables étrangers, que peu à peu on admit que les Français ne pourraient plus sous aucun rapport être considérés comme aubains en France. Toutefois c'était là un progrès auquel toutes les provinces ne s'associèrent pas dès cette époque : ce qui le prouve, c'est la date même des deux Coutumes dont nous avons un peu plus haut transcrit les dispositions : ces Coutumes en effet ne furent rédigées qu'au seizième siècle.

25. Avant de nous occuper des aubains proprement dits, nous devons constater ici l'existence d'un usage, qui est au moins aussi ancien que l'existence des justices seigneuriales dans notre pays et qui me semble même remonter plus haut : je veux parler de l'usage en vertu duquel nul n'était admis à plaider devant un seigneur autre que celui à qui il avait fait aveu, s'il n'avait avant tout fourni *pleges* ou cautions. Voici à cet égard un passage curieux de Beaumanoir : « Quant
« aucuns plede en le cort d'aucun segneur, auquel
« il n'est ne hons ne osten, il doit livrer pleges
« d'estre à droit et qu'il ne travaillera pas celi à
« qui il veut pledier en cort de crestienté ; et li
« pleges doivent estre tel que li Sires, en qui cort
« li ples est, les puist justicier » (1). Cette règle fut suivie jusqu'au seizième siècle : le 14 février 1569, un arrêt du parlement de Paris décida que la caution *judicatum solvi* ne peut jamais être exigée du Français, encore qu'il demeure en un autre parlement que celui où il plaide. — J'espère montrer plus loin que le même principe, qui en définitive existe encore aujourd'hui dans nos lois à l'égard des étrangers propre-

(1) Coutume de Beauvoisis, chap. 43, § 32.

ment dits, a peut-être son origine jusque chez les Germains.

26. Nous arrivons aux étrangers proprement dits, aux aubains de la deuxième classe.

L'habitude de réduire les étrangers en esclavage ou dans tous les cas de n'accorder aux étrangers guère plus de droits qu'aux esclaves, qui, comme nous l'avons vu, existait en Germanie et sous les deux premières races de nos rois, se perpétua pendant presque tout le moyen âge dans beaucoup de pays coutumiers. Dès que toute unité gouvernementale eut disparu avec Charlemagne dans le territoire occupé par les Francs, les seigneurs, dont aucun frein ne réprimait l'ambition et l'avidité, purent à leur aise dans leurs seigneuries tirer de l'arrivée des étrangers le profit le plus direct et le plus considérable qu'on imaginât alors, c'est-à-dire en faire des serfs ou des mainmortables. Le savant de Laurière a dit avec raison que le droit d'aubaine était une suite des servitudes personnelles qui existaient au moyen âge; maintenant ces servitudes elles-mêmes qui pesaient sur les étrangers, ainsi que nous l'avons vu, venaient en droite ligne des mœurs germaniques, d'après lesquelles l'étranger était ou vendu comme esclave,

ou tout au moins placé dans une condition peu supérieure à celle des esclaves : ces servitudes personnelles dont parle de Laurière furent donc, non pas créées, mais simplement facilitées et rendues plus générales par l'anarchie féodale.

Nous avons une foule de textes, empruntés au moyen âge, et même aux derniers siècles du moyen âge, où les aubains nous apparaissent assimilés aux serfs. Ainsi, dans le chartulaire manuscrit de Philippe-Auguste, il y a une charte où se trouve le procès-verbal d'une enquête concernant les aubains de Chauny : il s'agit d'un différend qui s'était élevé entre deux seigneurs sur la question de savoir auquel appartenait la propriété de ces aubains (1). Les rois eux-mêmes paraissent avoir été quelquefois obligés d'autoriser cet usage barbare, en même temps que de bonne heure ils s'efforcèrent de le faire tourner à leur avantage ; voici ce que nous lisons dans l'ancienne Coutume de Champagne, qui remonte au treizième siècle : Quant
« aucuns Albins vient demeurer dans la justice
« d'aucuns seigneurs, et li sires dessous qui il vient
« ne prend le service dedans l'an et le jour ; si les
« gens du roy le savent, ils en prennent le ser-

(1) Voyez le Recueil des *Olim*, publié par M. Beugnot, t. 2.

« vice, et est acquis au roy. » Voici encore un texte qui prouve bien que les aubains, dans plusieurs provinces, étaient serfs : l'ancienne Coutume d'Anjou glosée, dans un chapitre intitulé *De home estrange et cuvert*, pose certaines règles également applicables aux deux classes de personnes qu'elle désigne ainsi ; or le *cuvert* n'est rien autre chose qu'un serf, ainsi que le prouve un passage de Mathieu Pâris, où il est dit que ceux qui, pouvant porter les armes, ne se rendent pas à l'armée passent pour leur peine *sub nomine culvertagii et perpetuæ servitutis* (1). Enfin le texte le plus moderne où soit consacré cet usage odieux de traiter les aubains comme serfs, c'est la Coutume de la baronnie de Châteauneuf, dans laquelle nous trouvons un article ainsi conçu : « Si aucun aubain, « autrement appelé un *avenu*, est demeurant par « an et jour, dedans ladite Châtellenie sans faire « adveu de bourgeoisie, il est acquis serf audit « seigneur. »

27. Avant de passer en revue les incapacités et les obligations particulières qui, jusqu'à la fin du siècle dernier, constituèrent presque à elles seules la condition civile des étrangers même déclarés li-

(1) *Math. Parisius, Hist. Angliæ, ad annum 1213.*

bres, il est indispensable d'arrêter un instant nos regards sur la révolution qui, dans certaines limites, substitua pour les aubains l'état de liberté à l'état de servitude.

Il est bien difficile de déterminer d'une manière exacte à quelle époque précise les aubains cessèrent d'être soumis à la servitude de corps dans toutes nos provinces coutumières ; ce qui est certain, c'est qu'il faut descendre au moins jusqu'au quinzième siècle pour trouver l'abolition complète et générale de cette barbarie. On conçoit quelle résistance les seigneurs devaient opposer à tout ce qui pouvait amener la destruction d'un droit qu'une longue possession avait consolidé à leur profit, et qui d'ailleurs était réellement dans les mœurs de nos ancêtres. Aussi, selon toute apparence, de même que les affranchissements, soit individuels, soit collectifs, que nous voyons émaner des seigneurs et des églises, surtout à partir du douzième siècle, étaient en définitive des ventes de la liberté et non pas des donations, de même, ce ne fut qu'à prix d'argent que les aubains purent voir s'alléger peu à peu pour eux les chaînes de la servitude, jusqu'au moment où la servitude proprement dite, qui forme pour ainsi dire la première phase de

leur histoire en France, fut universellement remplacée par ce qu'on peut appeler le régime du droit d'aubaine, lequel a continué de subsister jusqu'à nos jours.

Je dis donc que la première des causes qui amenèrent cette amélioration dans la condition des aubains, ce fut l'avidité même des seigneurs qui, pour se procurer de l'argent, renoncèrent à leur pouvoir de propriétaires et consentirent à traiter avec ceux qui jusqu'alors à leurs yeux n'avaient été que des choses. Les croisades, il faut le reconnaître, ne durent pas non plus être étrangères à ce résultat : ce bouillant enthousiasme, qui précipita sur l'Asie l'Europe entière, fit pour quelque temps un seul peuple de toutes les nations chrétiennes, réunies sous le même drapeau pour prendre part aux mêmes dangers, aux mêmes misères et à la même gloire : entre tous les soldats de la croix, qu'ils obéissent à l'empereur d'Allemagne, au roi d'Angleterre ou au roi de France, un noble esprit de fraternité dut s'établir et survivre quelque temps aux expéditions qui l'avaient fait naître. .

Enfin nos rois, dans le treizième siècle, par une politique plus habile encore que libérale, employèrent toute leur puissance à détruire dans la

main des seigneurs un pouvoir monstrueux , sur les ruines duquel ils voulaient élever un régime à la fois plus avantageux à eux-mêmes et plus doux pour les aubains. Ils commencèrent par affranchir de la servitude de corps tous les habitants de leurs domaines et des grandes villes, et entre autres les étrangers ; puis ils relevèrent de l'oubli, où l'avait plongé la féodalité, l'ancien principe que le roi est le patron des étrangers : ils firent entrer ainsi les aubains sous leur *avouerie* ou protection royale. Enfin, à l'aide des distinctions subtiles de leurs légistes, étayées sur les anciennes lois barbares, sur les Capitulaires, et quelquefois même sur quelques textes de droit romain , ils réussirent à faire admettre à peu près dans toute la France que, dès qu'un aubain, en entrant sur le territoire français, reconnaissait le roi ou lui faisait aveu, il se mettait par là même à l'abri de toute violence de la part des seigneurs particuliers , il pouvait désormais vis-à-vis de tous faire respecter sa franchise. Jusque-là on ne peut qu'applaudir aux efforts de la royauté, puisqu'ils avaient pour effet d'amener enfin l'émancipation des aubains. Mais les rois n'en restèrent pas là : ils mirent en avant une prétention qui rencontra des adversaires désespérés dans les

seigneurs, auxquels elle ne tendait à rien de moins qu'à enlever toute espèce de droits vis-à-vis des étrangers. Les rois prétendirent défendre aux étrangers de jamais reconnaître un autre seigneur que le roi lui-même : ils leur imposèrent ainsi leur protection, afin d'être seuls en droit de recueillir les divers émoluments que jusqu'alors les seigneurs avaient perçus sur les aubains, soit en vertu de leur droit de justice, soit même en vertu des clauses expresses d'un affranchissement avec charges. La lutte fut longue et acharnée entre les deux pouvoirs : la victoire resta enfin à la royauté, malgré les efforts de notre grand jurisconsulte Dumoulin, et quoique les Coutumes d'Anjou et du Maine, rédigées au seizième siècle, proclament encore que le droit d'aubaine appartient aux seigneurs. On peut dire que dès la fin du quatorzième siècle le triomphe de la couronne était assuré ; c'est ce que nous voyons spécialement pour la Champagne par des lettres patentes de Charles VI, du 5 septembre 1386, où nous lisons ce qui suit :
« En nostre comté de Champagne sont et *doivent*
« *estre à nous de nostre droict* tous les biens meub-
« bles et immeubles des personnes gens aubains
« et espaves qui y trespasent sans convenables

« héritiers, en quelque haute justice qu'iceux es-
« paves ou aubains soient demeurants et voient
« de vie à trespassement et où que leurs biens
« soient. » Or, comme la Champagne était une
des provinces où la servitude de corps existait au
profit des seigneurs, ces Lettres prouvent bien que
dès cette époque la royauté avait réussi à remplacer
cette servitude, quant aux aubains, par certains
droits qu'elle seule pouvait exercer, et que nous
étudierons bientôt.

L'immense influence qu'exerça la royauté sur
l'affranchissement des aubains nous a entraîné un
instant en dehors de l'objet direct de nos recher-
ches. Revenons à la condition civile des aubains
et au changement qu'elle subit, du treizième au
quatorzième siècle, par l'abolition de la servitude
de corps. Les aubains n'étaient pas encore sortis
des liens de cette servitude, dans une grande par-
tie de la France, à l'époque où écrivait l'auteur
anonyme des Établissements de saint Louis ; c'est
ce que prouve le chap. 96 du livre 1^{er}, qui est ainsi
conçu : « Se gentilhons a hons mesconneu en sa
« terre, se il *servoit* le gentilhons et il morust, le
« gentilhons auroit la moitié de ses meubles ; et se
« il muert sans hoir et sans lignage, toutes ses cho-

« ses seront au gentilhons. Mès il rendra sa dette
« et fera s'aumosne. Et se li mesconneus avait con-
« quises aucunes choses sous autres vavassors que
« sous celui à qui il seroit hons, li autres sires n'i
« auroit riens par droit; mès il ne prendroit pas le
« cens ne les coustumes du saingnieur, aïns con-
« viendrait que li sires li en baillast hons coustu-
« miers qui le servist » (1). Ainsi, on le voit, à la
fin du treizième siècle le méconnu ou l'aubain sert
encore le gentilhomme; et même la Coutume
d'Anjou glosée, qui selon Choppin est postérieure
d'environ un siècle aux Établissements de saint
Louis, a copié ce chapitre et l'applique à la fois aux
étrangers et aux serfs ou *cuverts*. Il faut bien re-
marquer du reste que, dans ce texte, la servitude
de l'aubain n'apparaît pas dans toute sa dureté
primitive. En effet, d'abord le seigneur ne prend
que la moitié des meubles au cas où l'aubain laisse
des enfants; tandis que, comme nous le verrons
bientôt, dans presque toutes les provinces et même
en Beauvoisis encore du temps de Beaumanoir, le
seigneur excluait complètement même les enfants

(1) Ce chapitre des Établissements est intitulé dans un manuscrit *De hons mesconnu en terre de gentilhons*, et dans un autre, *De home mescreu de son seigneur*.

du serf. Nous voyons en second lieu que le seigneur, qui prend toute la succession du méconnu, ne la prend qu'à charge, non-seulement de payer ses dettes, mais encore de *faire s'aumosne*, c'est-à-dire d'acquitter les legs, tandis que l'ancien usage de la France était que le serf ne pouvait aucunement tester au préjudice de son seigneur. Ce qui ressort de là, c'est que ce fut lentement et par des concessions successives arrachées aux seigneurs, que les aubains parvinrent à l'état de franchise : le principe qui les assimilait aux serfs était trop profondément enraciné dans les coutumes nationales pour pouvoir être radicalement aboli en un jour. Il ne faut pas oublier non plus que les Établissements de saint Louis nous font principalement connaître les coutumes de l'Anjou, c'est-à-dire d'une province où la servitude de corps ne fut jamais aussi dure que dans le reste de la France féodale. Le même coutumier nous fournit d'ailleurs la preuve, dans un autre chapitre auquel nous reviendrons plus loin, que déjà à la même époque, dans plusieurs provinces, la servitude avait fait place au droit d'aubaine proprement dit au profit du roi ; mais dans toutes les autres provinces où avait pénétré la féodalité et qui ne relevaient

pas immédiatement du roi, ce n'était que par lambeaux que pouvait être arrachée aux seigneurs leur ancienne puissance dominicale sur les aubains.

Il y a une preuve curieuse et assez peu connue de la force et de la stabilité qu'avait acquises la coutume de faire peser sur les aubains le droit le plus rigoureux. Nous avons des lettres du roi Louis X, par lesquelles ce monarque prétend donner force de loi en France à une constitution de l'empereur Frédéric II, qui avait aboli en Allemagne, en faveur des étrangers, toutes les traces de leur ancienne servitude. Ces lettres, qui figurent à la fois dans le *Corpus juris* (1) et dans les Ordonnances du Louvre (2) sont trop curieuses pour que nous ne les rapportions pas ici : « *Omnes peregrini et adveue*
« *liberè hospitentur ubi voluerint ; et hospitati, si*
« *testari voluerint, de rebus suis ordinandi libe-*
« *ram habeant facultatem, quorum ordinatio in-*
« *concussa servetur. Si verò intestati decesserint,*
« *ad hospitem nihil veniat, sed bona ipsorum per*
« *manum episcopi loci tractentur, si fieri potest,*
« *heredibus, vel in pias causas erogentur. Hospes*
« *verò si de bonis talium aliquid contrà hanc nos-*

(1) L. 10, C. *Communia de successionibus*.

(2) T. 1, p. 610, au § 40.

« *tram constitutionem habuerit, triplum episcopo*
« *restituatur, quibus justum fuerit assignandum, non*
« *obstante statuto aliquo aut consuetudine seu pri-*
« *vilegio, quæ hactenus contrarium inducebant. Si*
« *qui autem contra præsumpserint iis, de rebus*
« *suis, testandi interdiciamus facultatem ut in hoc*
« *puniantur in quo deliquerunt aliàs prout culpæ*
« *qualitas puniendos.* » — Mais cette velléité d'hu-

manité, qui au fond était peut-être inspirée par un besoin pressant d'argent, de même que l'ordonnance par laquelle le même roi Louis X, dans la même année 1315, « Considérant que ce royaume
« est nommé le royaume de France et voulant que
« les choses soient accordantes au nom », ordonnait que dans tous ses États *servitude fust ramenée à franchise* ; cette velléité d'humanité et de justice échoua complètement contre la coutume et contre l'avarice des seigneurs : nul ne s'inquiéta de l'ordonnance du roi ; le roi lui-même, qui n'avait point hâte de tarir une des sources de ses revenus pour un équivalent assez incertain, fut le premier à violer la loi qu'il avait faite, et les aubains continuèrent d'être traités avec la même rigueur qu'auparavant. Cependant, si nous en croyons de Laurière, ces lettres, qui dans le nord de la France ne purent pré-

valoir sur la coutume, seraient en définitive une des causes pour lesquelles le droit d'aubaine n'avait pas lieu dans les pays de droit écrit. Pour nous, nous dirons simplement que ces rigueurs étaient inconnues dans les pays de droit écrit, d'abord parce que la loi qu'on y suivait, c'était la *lex romana*, le *Breviarium Alarici*, qui ne distingue nullement les étrangers; et puis parce que ces pays ont toujours conservé un régime municipal qui était à peu près incompatible avec toute espèce de servitude : la liberté était un élément tellement essentiel de la constitution des communes du Midi, qu'un serf qui s'y réfugiait et qui y restait une année était aussitôt après cette année déclaré libre; à plus forte raison l'étranger qui arrivait dans une de ces cités devait-il conserver sa liberté, et même au bout d'un certain temps participer à tous les droits des citoyens.

28. Puisque les étrangers, comme nous venons de le constater, ont pendant longtemps été traités dans une grande partie de notre pays comme les serfs ou mainmortables, nous devons voir aussi rapidement que possible quelle était la condition des serfs sous la féodalité, d'autant plus que, lors même que l'aubain était déclaré franc, sa posi-

tion, sous beaucoup de rapports encore, n'était pas meilleure que celle du serf.

Dans la période qui va du onzième au seizième siècle, à mesure qu'on avance, on voit luire pour les serfs des jours moins malheureux; cependant en général, dans tout le cours de cette période, la servitude conserve encore toute sa difformité et peut être assimilée à plusieurs égards à l'esclavage romain. C'est ce que prouvent tous les coutumiers rédigés à cette époque, durant laquelle il est si difficile de saisir les insensibles progrès de la civilisation.

Masuer, dans sa *Practica forensis*, nous dit que les serfs sont des immeubles par destination. Et cela n'est établi qu'en faveur du seigneur, et non en faveur du serf : si le serf est forcé de rester sur la terre du seigneur, s'il y est en quelque sorte emprisonné, le seigneur de son côté peut l'en détacher à son gré, il peut le donner ou le vendre comme une vile marchandise.

Suivant Bouteiller, l'homme de serve condition a besoin d'une autorisation expresse du prince pour traduire un homme franc devant les tribunaux : « Si est assavoir que en demandant en
« court laye nest à recevoir homme de serve con-

« dition contre homme de franche condition sil
« nestoit par aventure auctorisé de prince » (1). —
D'après le même auteur, si un franc homme promettait mariage à une serve, ou réciproquement, le mariage ne vaudrait et ne tiendrait. Entre eux, les serfs pouvaient en général contracter un véritable mariage, un mariage indissoluble ; mais quand les époux appartenaient à deux maîtres différents il fallait le consentement des deux maîtres, à peine de nullité du mariage : c'est ce que porte le célèbre édit de Pistes, de 864. Dès le milieu du douzième siècle, le mariage contracté par des serfs sans le consentement de leurs maîtres fut déclaré valable et indissoluble par le pape Adrien IV ; mais les maîtres pouvaient exiger une amende de formariage, qui du temps de Beaumanoir était de la totalité des biens du serf : « car, comme dit cet
« auteur, cil qui se formarient, il convient qu'il
« finent à le volenté de lor signeurs. »

Les Constitutions du Châtelet, qui ont vraisemblablement été rédigées entre le treizième et le quatorzième siècle, portent que le serf ne peut contracter sans l'agrément de son seigneur.

Du temps de Beaumanoir, c'est-à-dire à la fin

(1) *Somme rurale*, de Jehan le Bouteiller, liv. 1, tit. 2.

du treizième siècle, dans beaucoup de pays les serfs étaient encore mainmortables et *taillables à mercy et miséricorde* : « Li segneur poent penre de
 « lors sers et à mort et à vie toutes les fois qu'il
 « lor plest et tant qu'il lor plest.... Et s'il muert,
 « il n'a nul oir, fors que son segneur, ne li enfant
 « du serf n'i ont riens, s'ils ne le racatent au se-
 « gneur, aussi comme feroient estrange » (1). Du
 reste, le grand Coutumier de France, ou Coutu-
 mier de Charles VI, constate qu'au quinzième siè-
 cle un progrès notable s'était déjà opéré à cet
 égard : en effet, d'abord le seigneur ne peut plus
tailler ses hommes qu'une fois l'an, et puis il ne
 leur succède que quand ils meurent *sans hoirs pro-*
créés de leur corps (2).

Un fait qu'il ne faut jamais perdre de vue, c'est que les serfs du roi, de même que ceux de l'Église, étaient d'une bien meilleure condi-
 tion que les autres, et qu'en conséquence les serfs
 des seigneurs s'efforçaient souvent de passer par
 mariage, ou autrement, dans la classe des serfs du
 roi ou de l'Église : c'est là en définitive une des
 circonstances qui sont venues le plus en aide à

out. de Beauvoisis, chap. 45, §§ 31 et 36.

(2) Li, ch. 14.



la prétention des rois que le droit d'aubaine est royal.

29. Nous venons de prendre une idée de ce qu'était au moyen âge la condition des aubains qui avaient été réduits en servitude. Nous allons voir maintenant que presque toutes les mêmes incapacités, seulement un peu mitigées, existaient encore dans la personne des étrangers dont, soit pendant la même période soit plus tard, on proclamait la franchise.

D'abord, dans les premiers temps de la féodalité, nous voyons que les aubains, de même que les serfs, étaient parqués et emprisonnés dans la terre sur laquelle ils étaient venus se fixer : le seigneur avait sur eux le droit de poursuite : il pouvait les revendiquer au cas où ils auraient voulu chercher dans une autre seigneurie une condition plus douce. C'est ce qui résulte clairement d'une charte citée par Ducange, au mot *Albani* : « *Albanos vestigare et sequi possunt domini quorum* » « *primitus et ab origine incolæ sunt, hoc est revocare in patriam* » (1). Mais cependant ce droit qu'avait le seigneur sur les aubains n'était pas tellement inhérent à sa personne qu'il ne pût le ven-

(1) *Charta Mathildis, Dom. Teneremondæ.*

dre avec tous les avantages qui y étaient attachés : dans les archives du monastère de Bonneval il y a une charte de Gaultier, archevêque de Sens, de l'an 1232, où nous lisons ce passage curieux : « *Et ven-*
« *didit et quitavit omnes domos et plateas quas ipse*
« *habebat in villâ Bonnevalis, et præposituram et*
« *justitiam Albanorum, et quicquid ad dictam præ-*
« *posituram et justitiam noscitur pertinere, salvo*
« *jure præpositi Albanorum.* » Ainsi dans ces siècles, où l'on serait tenté de croire que la justice n'était qu'un mot vide de sens, où cette faculté divine ne nous apparaît en aucune façon comme dirigeant les actions humaines dont elle est cependant le seul guide avoué par la raison, où tous les rapports des hommes entre eux sont réglés par une insatiable avidité jointe à un respect aveugle d'anciens usages qui n'ont plus de sens ni de motif légitime ; dans ces siècles malheureux on en était là, que l'on considérait l'étranger comme pouvant être à son insu et malgré lui matière à contrats !

De même que les serfs étaient taillables, qu'ils devaient toujours payer à leurs seigneurs, comme dit Beaumanoir, « *lor cens et lor cavages tex* comme
« ils ont acoustumé, » de même les aubains étaient

astreints à certaines redevances annuelles, qui sont bien évidemment un indice et un reste de servitude. Les deux chartes du neuvième siècle où nous avons vu le nom d'aubains employé pour la première fois parlent déjà de ces redevances qu'elles appellent *census foraticus*. Voici une charte du onzième siècle, où il en est également question : « *Alienigenæ, id est warganei, qui manserint in*
« *banno dabunt comiti iv denarios* » (1); et de même encore dans cette charte royale du treizième siècle : « *In præsentia nostrâ et baronum,*
« *militum et multorum aliorum, declaratum est*
« *per judicium apud Salmurium quòd nos habemus*
« *in totâ terrâ Regalis Abbatie Cormeriacensis rap-*
« *tum, murtrum, et 4 denarios de singulis Albanis,*
« *et exercitum et equitationem* » (2). — D'après les registres de la chambre des comptes que nous avons déjà cités, ces redevances prirent plus tard le nom de *droit de chevage*, qui est probablement le même mot que *cavage* dont se sert Beaumanoir : elles étaient appelées ainsi parce qu'elles étaient dues par tout chef de famille. Le taux de ces redevances variait suivant les lieux ; il est probable

(1) *Charta Udonis, episc. Tullensis.*

(2) Ducange, v^o *Albani*.

que dans l'origine il y avait même des endroits où ce taux était laissé à l'arbitraire du seigneur. Dans le bailliage de Vermandois, qui dépendait immédiatement de la couronne de France, nous voyons que « tous bâtards, épaves et aubains furent cha-
« cun an contraints à bailler ou faire mettre par
« écrit leurs noms et surnoms, et à payer 12 de-
« niers parisis le jour de la Saint-Rémi, à peine de
« 7 sous 6 deniers d'amende. » Pendant longtemps ce droit fut perçu par le roi sous le prétexte qu'il avait par là le moyen de connaître tous les étrangers qui se trouvaient dans ses états; peut-être serait-il plus exact de dire au contraire que, si nos rois depuis Charlemagne se montrent si désireux d'être instruits des noms et surnoms des étrangers établis *en leur obéissance*, c'est, entre autres motifs, afin qu'aucun de ces étrangers ne puisse se dispenser d'acquitter le cens ou le droit de chevage. Quoi qu'il en soit, dans ces provinces même qui étaient immédiatement soumises au roi, nous voyons qu'à une certaine époque quelques seigneurs levaient de leur côté, et concurremment avec le roi, des droits sur les aubains qui étaient venus s'y établir; c'est ce que prouve la charte de Philippe-Auguste de 1222, contenant le traité par lui fait

avec l'évêque et le chapitre de Paris : car dans un des articles de cette chartre il est dit que, quant à ceux qui ont été mis par le roi au nombre de ses aubains et qui viendraient habiter dans la terre de l'évêque, le roi accorde que l'évêque puisse prendre sur eux les coutumes dues, de même que s'ils n'eussent pas été *aubainés* par le roi : « *De Albanatis forinsecis concedimus quòd solvant episcopo in suâ septimanâ consuetudines debitas, ac si nunquàm fuissent albanati ;* » le roi ajoute qu'il n'y a que les aubains établis à Paris et dans les faubourgs, desquels l'évêque ne pourra exiger aucune redevance. Il est bien certain, d'après cela, et nous avons même à cet égard plusieurs textes explicites, que les seigneurs dans leurs fiefs, jusqu'au jour où le roi fut définitivement reconnu le seul patron des aubains, se faisaient payer par ceux-ci un droit semblable au chevage que le roi percevait dans ses domaines immédiats : et en effet il est évident, le nom même du droit l'indique, que ce chevage est une conséquence, un attribut du pouvoir qu'avait le seigneur sur ses serfs ; or il a existé dans notre histoire, ainsi que nous l'avons démontré, une époque où il était impossible que les aubains ne fussent pas les serfs des seigneurs sur

les terres desquels ils venaient s'établir. A mesure que la servitude proprement dite ne pesa plus sur les aubains au profit des seigneurs, ceux-ci, nous l'avons déjà vu, ne furent pas brusquement dépouillés ; mais seulement, leur ancien pouvoir, qui était aussi complet que possible, fut démembré de manière à ce qu'ils n'en gardassent que des débris, tels que le droit d'*escheoite* ou de succession, le droit de chevage dont nous venons de parler, le droit de formariage auquel nous arrivons.

L'aubain qui se mariait à une personne de sa condition et établie dans la même seigneurie que lui contractait une union très-valable ; et il pouvait même la contracter sans qu'il lui fût nécessaire d'avoir obtenu le consentement du seigneur et sans encourir aucune amende. Au contraire, l'aubain qui épousait une personne d'une autre condition que lui ou une personne quelconque établie dans une autre seigneurie, et qui n'avait pas au préalable obtenu l'autorisation de son seigneur, payait une très-forte amende, encourait même dans quelques lieux la confiscation de tous ses biens ; et il est bien permis de penser que, jusqu'au douzième siècle, en cas pareil, le mariage de l'aubain, comme celui du serf, pouvait être déclaré nul. Lors même

que l'aubain avait la permission de son seigneur il devait encore payer un certain droit pour avoir *forligné*, et c'est ce droit qu'on appelait proprement *formariage*. — Maintenant, quel était le taux de l'amende encourue au cas où l'on avait voulu se passer du consentement du seigneur, et quel était le taux du formariage proprement dit ? Il n'y avait point à cet égard uniformité dans toutes les provinces : nous voyons que dans le Vermandois l'amende, qui se payait au roi, était de 60 sous parisis, *lesquelles amendes*, nous dit-on naïvement, *ont été souvent supportées pour la pauvreté du peuple, veu les guerres et stérilité du pays*. Quant au formariage, dans le Vermandois même, il était tantôt de moitié et tantôt du tiers des biens. Ce même droit vis-à-vis du serf était de la totalité des biens : « Quant il se marient en franques
« femes, quanques il ont esquiet à lor segneurs,
« meubles et heritages : car cil qui se formarient,
« il convient qu'il finent à le volenté de lor si-
« gneurs » (1).

L'amende encourue pour défaut de permission du seigneur ne dut pas survivre beaucoup à l'époque où les aubains furent définitivement affranchis

(1) Beaumanoir, ch. 45.

de la servitude de corps. Mais le droit de formariage subsista plus longtemps, du moins dans quelques pays : la Coutume de Châlons, rédigée au seizième siècle, croit nécessaire de déclarer formellement que ce droit est aboli : « Bastards
« et aulbains se peuvent marier sans encourir
« les peines de formariage, » y est-il dit à l'art. 16.

A l'époque où ces droits anciens de chevage et de formariage furent tombés en désuétude, les rois, qui les avaient enlevés aux seigneurs, trouvèrent le moyen de se dédommager d'un autre côté : ils s'affermirent dans l'usage de frapper les étrangers de taxes et de confiscations arbitraires suivant les besoins de l'état, quelquefois par voie de représailles contre les gouvernements étrangers. Ainsi, notamment pendant les guerres malheureuses de la France avec l'Angleterre au quatorzième siècle, les aubains qui se trouvaient dans le royaume sentirent plus d'une fois le contre-coup de nos désastres et des mauvais traitements infligés à nos concitoyens. Dès l'année 1242, saint Louis, par représailles de l'ordre donné par Henri III de mettre à mort tous les marchands français trouvés sur mer, avait rendu une ordonnance par laquelle

il enjoignait d'arrêter tous les marchands anglais commerçant en France et de saisir leurs effets. Le 12 février 1347, Philippe de Valois fit arrêter tous les Lombards et les Italiens qui négociaient dans ses états, et, sous prétexte qu'ils exerçaient l'usure au mépris des lois, il confisqua tous leurs biens pour relever ses finances obérées. Par deux ordonnances de 1351, le roi Jean, qui avait aussi les besoins les plus pressants d'argent, confisqua les créances des Italiens, et défendit à ses sujets de leur payer ce qu'ils leur devaient, sous peine de payer deux fois. Henri III trouva un autre prétexte pour colorer ses extorsions : par un édit de septembre 1587, il obligea tous les étrangers de prendre des lettres qui devaient leur tenir lieu de naturalisation, à la charge de payer les sommes auxquelles elles seraient taxées. La taxe était même exigible des étrangers déjà naturalisés ; seulement, après le paiement ils devaient jouir exactement des mêmes privilèges que les Français. En 1639, Louis XIII frappa tous étrangers résidant en France ou y possédant des biens ou des offices, de quelque nation et de quelque qualité qu'ils fussent, d'une taxe dont il se réserva de fixer le chiffre. Enfin Louis XIV usa plus largement encore de cet

arbitraire ; car trois fois il revint à la charge. Par deux édits , de 1646 et de 1656, il exigea que tous les étrangers se fissent confirmer dans la jouissance des droits à eux accordés par lettres de naturalité , en payant les sommes auxquelles ils seraient imposés. En 1697, il fit encore payer une nouvelle taxe ; et, chose assez curieuse ! pour la motiver, il ne trouva rien de mieux à faire que d'invoquer les droits de chevage et de formariage comme subsistant encore.

30. Nous arrivons à la principale des incapacités dont nos anciennes coutumes avaient frappé les étrangers , à celle qui pendant bien des siècles les a le plus rapprochés des serfs, et que le Code civil n'a pas eu la gloire d'effacer entièrement : je veux parler de la double incapacité pour l'étranger de succéder et de transmettre , soit *ab intestat* soit par testament, soit à ses parens, soit à tous autres. C'est là ce qu'on désignait proprement sous le nom de *droit d'aubaine* , quoique le même nom fût employé quelquefois dans un sens plus général (notamment par Lebret) pour exprimer l'ensemble des règles de notre droit relatives aux aubains , et plus souvent dans un sens très-restreint et tout fiscal pour désigner le droit en vertu duquel le roi

prenait la succession de l'aubain par suite de son incapacité de transmettre.

Comme nous l'avons vu , dès la Germanie cette double incapacité que nous appelons *droit d'aubaine* découlait naturellement pour l'étranger de l'impossibilité juridique où il se trouvait de venir au partage périodique du fonds commun à tous les hommes libres du canton. Après la conquête de la Gaule , la même incapacité exista encore pour l'étranger, qui ne pouvait avoir la propriété parfaite, c'est-à-dire la terre salique ou l'alleu , puisque cette propriété parfaite était l'apanage exclusif du guerrier franc. A l'époque de Charlemagne , lorsque la terre salique , perdant son caractère primitif, put, par suite d'échanges , de ventes ou de donations , appartenir à des personnes autres que les héritiers des premiers conquérants de la Gaule, les étrangers restèrent incapables de tester, de transmettre et de recueillir par succession : ce qui suffit pour le prouver, c'est que ces droits furent enlevés par un édit spécial de Charlemagne à ses sujets saxons ou frisons , qu'il assimila sous ce rapport aux étrangers afin de punir ces peuples de leurs fréquentes révoltes (1). Enfin , lorsque la

(1) Voyez d'ailleurs plus haut, n° 18.

servitude, vers le dixième siècle, eut de nouveau et d'une manière bien plus générale atteint tous les étrangers, la double incapacité qui nous occupe se perpétua pour eux sous l'empire d'une cause nouvelle, savoir le principe que le seigneur est propriétaire de tout ce que possède le serf, que par conséquent à la mort de celui-ci tout ce qu'il a pu acquérir appartient au seigneur, qui ne doit même aucunement souffrir de ses libéralités.

Cette incapacité de l'aubain de recevoir pour lui et de transmettre ou de disposer par testament ou par succession fut en général absolue et sans aucune espèce de limitation, tant que l'aubain fut confondu dans la classe des serfs; elle subsista encore quelque temps dans toute sa rigueur primitive à mesure qu'il commença à entrer dans la classe des hommes libres. Un commentateur qui écrivait au commencement du seizième siècle (1) nous dit que de son temps l'aubain ne peut en aucun cas transmettre sa succession, même à ses enfants; mais cela n'avait lieu que dans quelques parties de la France, et nous voyons, par les Établissements de saint Louis (2) et par les registres de la chambre

(1) *Benedicti*, sur le chapitre *Raynutius*.

(2) Liv. 2, § 30.

des comptes, que cette rigueur qui à la mort de l'aubain lui enlevait sans aucune restriction l'universalité de son patrimoine a été modérée en général d'assez bonne heure (dès le treizième siècle dans plusieurs provinces). Peu à peu l'ancienne règle féodale qui donne au seigneur le droit d'*escheoite* ne fut plus nulle part observée au cas où l'aubain laissait *hoirs légitimes procréés de son corps audit royaume* : la règle fut dès lors dans toute la France coutumière que *espave ou aulbain mort ne peut avoir héritier que son corps*. — L'incapacité de tester reçut aussi un léger adoucissement : on permit à l'aubain de tester jusqu'à concurrence de 5 sols. « *Hoc concessum fuit sepulturæ gratiâ,* » nous dit-on pour justifier ce relâchement. En effet on appelait autrefois *deconfés et excommuniés*, et on privait comme tels de la sépulture en terre sainte, ceux qui mouraient sans faire quelque libéralité à l'Église ; nous voyons même que le zèle des évêques les portait souvent à venir dans la maison de celui qui était mort ainsi faire en son nom et pour le soulagement de son âme, mais sans s'oublier eux-mêmes, un testament destiné à suppléer à la négligence du défunt. Comme cette ressource n'existait même pas pour

les aubains, dont les biens étaient en totalité frappés d'une sorte d'indisponibilité, comme il était cependant trop dur de les assimiler aux réprouvés pour n'avoir pas fait ce que la loi leur défendait de faire, on leur donna le moyen de désarmer les rigueurs de l'Église en leur permettant de disposer de 5 sols par leur testament. Il faut bien remarquer du reste que le testament de l'aubain, qui quant aux biens situés en France était absolument comme non avenu sauf cette légère restriction dont profitait l'Église, n'était point frappé d'une nullité telle qu'il ne fût très-susceptible de s'exécuter sur les biens de l'aubain situés en son pays, lorsque d'ailleurs ce testament était revêtu des formalités requises et conforme à la vieille maxime *Locus regit actum* (1).

Ainsi l'incapacité de transmettre et l'incapacité de tester avaient fini par admettre quelques restrictions, bien faibles et de peu de prix sans doute. Quant à l'incapacité de recueillir, l'aubain en demeura toujours frappé sans aucune limitation : « Aubains ne peuvent succéder, » dit Loisel dans ses *Institutes coutumières* (2).

(1) Voyez Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. 7, ch. 1.

(2) Liv. 4, règle 50.

Le patrimoine acquis et possédé par l'étranger, et dont en réalité on pourrait dire en présence des incapacités que nous venons d'étudier que l'étranger n'en avait pas la propriété, ce patrimoine avait reçu dans notre ancien droit un nom particulier : on l'appelait *estraièrre* ou *attraière*.

Dès que les aubains furent universellement reconnus et proclamés libres, on leur permit de disposer et de recevoir par donations entre-vifs. C'est là un point auquel nous reviendrons avec quelques détails en nous occupant de la jurisprudence suivie dans les parlements à l'égard des aubains.

Comme nous n'avons à traiter que de la condition civile des étrangers, il n'entre pas dans notre plan de rechercher qui, des rois ou des seigneurs, avait le plus de droit à la succession des étrangers; tout ce que nous devons faire ici, c'était de constater l'origine et le développement dans les coutumes du principe que l'aubain ne peut ni transmettre ni recueillir; maintenant la question de savoir qui devait profiter de cette incapacité appartient à un tout autre ordre d'idées.

31. Après avoir recherché de quelles incapacités, quant au fond du droit, nos anciennes coutumes frappaient l'étranger, il nous faut voir en quoi, sous

le rapport de la procédure, elles distinguaient la condition de l'aubain de celle du Français. Sous ce rapport, ce qu'avait de spécial la position de l'étranger, en laissant de côté pour le moment ce qui se rattache à l'exécution, peut être réduit à deux points, savoir :

1° Le mode employé pour assigner certains étrangers à comparaître, la forme de l'ajournement ;

2° La détermination et la composition du tribunal devant lequel pouvait être traduit l'étranger.

En ce qui concerne la marche de l'instance en général, la *litis ordinatio*, nous verrons que les mêmes règles s'appliquaient à l'étranger et au Français.

Quant à notre premier point, toutes les fois qu'il s'agissait d'un étranger résidant en France, même s'y trouvant accidentellement au moment du procès qu'on lui intentait, il était assigné par exploit remis à sa personne ou à son hôtel, comme l'aurait été un Français. Mais lorsqu'il s'agissait d'un étranger qui se trouvait actuellement hors de France, on a pendant très-longtemps procédé de la manière la plus bizarre, et on pourrait dire la plus dérisoire, pour lui donner connaissance de

l'exploit d'ajournement lancé contre lui : nous voulons parler des assignations données sur la frontière. C'est là un mode de procéder qui remonte tout à fait au début de notre histoire, et dont il est impossible de dater précisément l'origine première. Le voici indiqué avec des détails curieux dans l'inestimable coutumier composé, dans les premières années du quinzième siècle, par Jehan le Bouteillier : « Et se cestoit pour faire adjourner habitants de pays en villes estranges , il souffiroit
« adjourner iceluy à la plus prochaine ville du pays
« qu'on voudroit ajourner et le faire en publicque
« à la bretesche par jour de marché et puis attacher l'exploict avec la rescription à la porte au
« lez du pays ou de la ville don lon adjourne le
« seigneur ou les habitants, tellement que ceulx
« qui yront audit pays le puissent savoir et dire au
« lieu et avoir veue copie de l'exploict se prendre
« le veullent , et le doit-on laisser attacher à la
« porte tant que durer pourra. Et en tels cas l'ay
« ainsi veu faire tant de fois que sans nombre,
« tant pour aucuns seigneurs qui demouroient en
« Haynault comme en Flandres, dont les adjournements se faisoient à Tournay por ce que c'estoit la ville la plus prochaine sur les confins

« du royaulme, et estoient les adjournements at-
« tachez à la porte du costé par ou lon alloit en
« Haynault quant cestoit la a faire, et quant ces-
« toit en Flandres a la porte par ou l'on va en
« Flandres, et ainsi à plusieurs chasteaulx et
« forteresses, en attachant l'exploict à la bar-
« rière » (1). Quelquefois aussi ces assignations
sur la frontière étaient données à son de trompe.
Cette pratique, que nulle autre ne pouvait guère
remplacer tant qu'aucune communication ne fut
établie d'une manière permanente entre notre
gouvernement et les gouvernements étrangers,
continua de subsister encore près de trois siècles
depuis Bouteillier : elle fut abrogée par l'ordon-
nance de 1667, dont l'art. 7 du titre 2 est ainsi
conçu : « Les étrangers qui seront hors le royaume
« seront ajournés ès hôtels de nos procureurs gé-
« néraux des parlements où ressortiront les appel-
« lations des juges devant lesquels ils seront as-
« signés, et ne seront plus données aucunes assi-
« gnations sur la frontière. » On suivait la même
règle pour les sommations, significations de trans-
port, saisies, etc.

L'existence même du mode d'ajournement que

(1) *Somme rurale*, liv. 1, tit. 3.

nous venons d'indiquer présuppose et fait deviner à l'avance le deuxième principe qui sous le rapport de la procédure s'appliquait exceptionnellement aux étrangers : les étrangers, même en matière personnelle, étaient justiciables des tribunaux français, et ne pouvaient demander leur renvoi par-devant le juge de leur domicile et de leur nation, au moins quand ils étaient poursuivis par un Français, et sauf ce que nous dirons plus tard de la juridiction des consuls étrangers. D'abord dès la Germanie l'étranger, qui ne faisait point partie de la communauté dont un des membres voulait bien le poursuivre par des moyens juridiques au lieu d'avoir recours à la violence, l'étranger ne pouvait jouir du bénéfice de *pairie*, c'est-à-dire être jugé par des hommes de sa tribu et de sa condition, par ses pairs : force lui était de se laisser condamner par le tribunal des hommes libres auprès desquels il était venu s'établir, et auprès desquels il trouvait presque toujours l'esclavage (1). Après la conquête, la même règle fut suivie à l'égard des étrangers isolés, des *warganei*, toutes les fois que ceux-ci ne tombèrent pas en servitude ou n'effacèrent pas leur origine par la *recommen-*

(1) Voyez Meyer, *Institutions judiciaires*, t. 1.

dation. Quant à ceux qui appartenaien^t aux nations soumises en masse par les Francs, et auxquels s'appliquait le régime des lois personnelles, nous avons vu que ce régime consistait notamment à permettre à chacun de n'être jugé que par des juges de sa nation ; mais cette espèce de restriction au principe qui de tout temps a rendu les étrangers justiciables de nos tribunaux en ce qui touche l'intérêt des nationaux, disparut complètement dès que se fut formé un commencement d'unité nationale, dès que le roi de France commanda, non plus à des Francs, à des Burgondes, à des Wisigoths, mais à une nation formée du mélange de tous ces éléments : car dès lors il n'y eut plus qu'une espèce d'étrangers proprement dits, savoir les personnes nées en dehors du royaume de France, et jamais pour ceux-là il n'exista de lois personnelles dans le sens qu'avait cette expression à l'époque qui suivit la conquête. Dès lors, et une fois que la servitude eut passé par-dessus tous les étrangers, il ne put jamais être permis à l'aubain poursuivi par un Français d'invoquer le même bénéfice qui dans l'intérieur du royaume permettait à un Français de n'être traduit, en matière personnelle, que devant le juge de son domicile : le décider au-

trement en effet, c'eût été presque toujours mettre le demandeur français dans l'impossibilité d'obtenir justice contre son débiteur étranger. Tout ce qu'on accordait à cet étranger, c'est que son créancier français ne pouvait pas à son choix le traîner devant le premier tribunal qui lui aurait convenu : il devait en général l'assigner devant le tribunal de sa résidence actuelle (1). En ce qui concerne les matières réelles, il ne pouvait pas y avoir le moindre doute : l'étranger qui possédait des immeubles en France devait évidemment être assigné, dans tout procès relatif à ces immeubles, devant le tribunal de la situation, ou, en d'autres termes, devant la cour du seigneur de qui relevaient ces immeubles. — Nous verrons qu'aujourd'hui même tous ces principes sont encore en réalité écrits dans nos lois.

Brodeau nous dit que, de l'avis unanime des docteurs, c'est un usage constant que, lorsqu'un étranger plaide en France, on doit le juger selon les lois de son pays *quantum ad decisoria*, et selon les coutumes françaises *quantum ad formas et litis ordinationem*. Quant au deuxième membre de cette distinction entre le fond et la forme, il n'y a rien à

(1) Voyez Bourjon, *Droit commun de la France*, tit. 7, ch. 1.

dire : en aucun cas les formes, la procédure proprement dite, que l'on suivait devant les tribunaux français, ne pouvaient être empruntées pour telle espèce donnée aux usages d'une nation étrangère; il y avait ici une sorte d'application de la règle *Locus regit actum*. Mais si l'on prenait à la lettre l'autre membre de la distinction de Brodeau, on arriverait à dire que, dès qu'un étranger était en cause, soit comme demandeur soit comme défendeur, on ne pouvait appliquer, quant au fond, que le droit de sa nation. Or cette idée est complètement inexacte; il paraît même que la distinction des statuts réels et des statuts personnels (et le nom de *statuts* l'indique assez) ne pouvait pas, en général, être invoquée par l'aubain, qu'elle ne s'appliquait guère dans notre ancienne jurisprudence que pour déterminer d'après quelle coutume française devait être jugé un Français : on peut dire, sans s'écarter de la vérité, que dans tout procès où était intéressé un Français l'aubain aurait vainement réclamé l'application à l'espèce de la loi de son pays. Que veut donc dire Brodeau, quand il nous donne comme une règle constamment suivie, celle qui consistait à juger l'étranger d'après la loi de son pays *quantum ad decisoria*? A n'en pas dou-

ter, il suppose le cas où ce sont deux étrangers qui plaident l'un contre l'autre : en effet, après avoir posé sa règle, il cite à titre d'exemples deux arrêts intervenus, chacun, entre deux étrangers. Il y a un de ces arrêts qui mérite d'être rapporté : cet arrêt, rendu aux Grands Jours de Lyon en 1596, admet le demandeur anglais à prouver par témoins le prêt d'une somme excédant 100 livres fait au défendeur également anglais, par la raison qu'en ce cas il faut appliquer la loi anglaise, « l'art. 54 de « l'Ordonnance de Moulins n'ayant pas lieu, d'autant « qu'il va *ad litis decisionem*. » Du reste, Brodeau ne nous fait pas connaître si dans l'espèce l'obligation avait été contractée en France ou en Angleterre.

Si nous supposons maintenant un jugement rendu par un tribunal étranger, la position du défendeur condamné n'était pas la même aux yeux de la loi française, selon que ce défendeur était un Français ou un étranger. La différence de position ne se présentait point en ce qui concerne la force exécutoire du jugement : car en aucun cas un jugement rendu par des juges étrangers ne pouvait par lui-même avoir exécution et entraîner hypothèque sur des biens situés en France. La faveur accordée au Français et refusée à l'étranger consis-

tait en ce que la chose jugée elle-même n'avait pas lieu si le Français condamné ne voulait pas se soumettre à la sentence rendue par les juges étrangers : ce Français, couvert par le législateur d'une protection spéciale, pouvait en France débattre de nouveau ses droits comme entiers. Ces principes sont clairement posés dans une ordonnance de 1629, à l'art. 121. Cette ordonnance, il est vrai, ne fut pas enregistrée dans un grand nombre de Parlements, parce que le chancelier de Marillac, dont elle était l'ouvrage, fut disgracié quelque temps après ; mais, comme l'attestent tous nos anciens auteurs, et notamment Bourjon, la disposition de l'art. 121 passa dans la jurisprudence universelle, et elle a toujours été considérée comme un des fondements de notre droit. Nous reviendrons sur ce point dans un des chapitres suivants, et nous tâcherons d'établir que la même doctrine est encore applicable aujourd'hui.

32. Après avoir vu les règles principales posées à l'égard des aubains par nos anciennes Coutumes, qui en définitive, sous le rapport des droits privés, ont été pendant longtemps les seules lois reconnues en France, nous devons jeter un coup d'œil sur les principes successivement admis par

la jurisprudence des Parlements en cette matière : ces principes , dont quelques-uns avaient passé dans les édits et dans les ordonnances de nos rois, constituent avec les Coutumes le droit général qui existait encore en 1789 relativement aux étrangers.

Lorsque, vers la fin du treizième siècle, le Parlement ou la cour du roi, qui dès cette époque s'élevait au-dessus de toutes les justices seigneuriales et qui jusqu'en 1444 fut la seule cour souveraine du royaume, dut nécessairement voir entrer dans son sein , par suite de la suppression des guerres privées et du combat judiciaire, des gens qui plus que les barons et les seigneurs fussent capables de se reconnaître au milieu des formes du nouveau mode de procéder et de juger introduit par saint Louis, l'administration de la justice se trouva bientôt remise tout entière entre les mains de légistes élevés à l'école des glossateurs, et dont le plus ardent désir était de faire revivre en France le droit romain qu'ils avaient étudié dans les compilations de Justinien : ces nouveaux conseillers avaient peu à peu renoncé à l'autorité de leur propre intelligence : ils ne recherchaient guère ce qu'ordonnaient la justice et la raison , non plus que l'esprit des mœurs françaises, mais unique-

ment ce qu'avaient prononcé les empereurs, dont ils proclamaient leur maître l'héritier légitime : s'affectionnant au livre qui leur avait coûté tant de peine, en raison de la peine même qu'il leur avait coûtée, ils professaient pour le Code et pour le Digeste un respect qui tenait de l'idolâtrie, et ils en étaient venus à voir dans les lois romaines la base unique de tout droit, soit public, soit privé. Du reste, il est douteux que leurs idées à cet égard eussent jamais pu se réaliser et passer dans la pratique s'il n'y avait pas eu accord entre la royauté, les communes et le peuple, pour ne porter aucun secours aux principes du droit coutumier proprement dit, que l'on regardait à tort ou à raison comme se rattachant par les liens les plus étroits au régime féodal.

Il serait difficile d'expliquer autrement que par cette double circonstance — enthousiasme aveugle des magistrats pour le droit romain, et haine populaire pour tout ce qui se rattachait à la tyrannie féodale, — l'implantation sur notre sol de la distinction entre les actes du droit civil et les actes du droit des gens. Ce n'était point là évidemment une tradition des mœurs germaniques ; je ne crois pas non plus que ce fût pour nos pères une de ces

institutions qu'appelle à certaines époques la force même des choses, parce qu'elles sont conformes à l'esprit et aux besoins du siècle. En effet j'essaierai plus loin de prouver que, sous le point de vue purement philosophique et rationnel, cette distinction n'est pas justifiable; pour le moment, voyons seulement si les mêmes causes accidentelles et contingentes qui la firent prendre naissance dans le droit romain, ou des causes semblables, existaient en France au quatorzième siècle et devaient la faire renaître parmi nous.

On conçoit que cette distinction ait pris naissance à Rome, au sein d'un peuple païen et éminemment guerrier: car d'une part un tel peuple devait mépriser tous ceux qui, n'ayant point une origine divine comme les Romains aimaient à s'en donner une, appartenaient en quelque sorte à une race inférieure; et d'autre part un tel peuple ne devait se trouver en contact avec d'autres étrangers que les ennemis qu'il avait vaincus. Dans ces conditions et avec ces idées, on comprend que le peuple romain n'ait accordé aux étrangers que les droits qui sont absolument nécessaires à l'homme en société, tandis qu'aux citoyens romains seulement étaient réservés ces autres droits qui, n'étant pas aussi in-

dispensables, constituaient comme autant de privilèges dont le *peregrinus* était réputé indigne ; et nous voyons en effet que les Romains ne purent jamais s'accoutumer à regarder les étrangers comme des hommes avec lesquels ils eussent un droit commun. Mais prenons la France au quatorzième siècle, au moment où pour la première fois apparaît dans notre droit cette distinction qui aurait dû mourir avec la vieille société romaine : nous trouvons en vigueur des dogmes et des mœurs exactement contraires à ce qui existait dans l'ancienne Rome. D'abord le principe païen, qui reconnaît dans la grande famille humaine des branches privilégiées et des branches que leur origine même destine à obéir, a disparu devant le principe chrétien, qui fait descendre tous les hommes d'un même père et qui en conséquence de cette fraternité et de cette égalité naturelle leur ordonne de s'aimer les uns les autres. En deuxième lieu, la France ne se croit point, comme l'ancienne Rome, appelée à dominer sur le monde entier subjugué par ses armes ; la France n'est pas, comme Rome dans la première moitié de son histoire, un peuple exclusivement guerrier. Ici le commerce n'est pas inconnu et méprisé comme à Rome ; et , quoiqu'il

soit encore à son berceau, il attire déjà en France des étrangers, que de bonne heure on sent le besoin d'affranchir de toute trace de servitude. Si d'autres étrangers que ceux-là affluent dans notre pays, ce ne sont point comme à Rome des débris de peuples subjugués ; et ce n'est point par orgueil, par une idée de supériorité , qu'on les traite plus durement que les Français : c'est seulement parce qu'on a soif de richesses , et qu'un usage immémorial permet de s'en procurer à leurs dépens. Aussi les mœurs nationales, à mesure que la civilisation les adoucit, conduisent-elles naturellement à accorder aux aubains pendant leur vie la jouissance de tous les droits qui appartiennent aux Français eux-mêmes , mais à reprendre à leur mort dans leur succession l'argent et les terres qu'on leur a permis d'acquérir.

En deux mots, à Rome les mœurs nationales devaient amener la distinction d'un droit civil et d'un droit des gens, tandis que les mœurs nationales en France devaient seulement faire naître le droit d'aubaine, et puis en mitiger de plus en plus la rigueur.

Les Parlements ne laissèrent point se produire et se développer librement les coutumes propres à nos ancêtres francs, avec les modifications succes-

sives qu'elles avaient subies depuis la conquête. D'abord, dans leur enthousiasme pour le droit romain, ils opérèrent un mélange bizarre du droit d'aubaine avec le droit des *peregrini* : ils essayèrent de fondre ensemble d'une part une institution nationale et profondément ancrée dans les coutumes, d'autre part une institution étrangère et décrépète. Et puis, dans leur attachement à la royauté, ils fixèrent autant que possible contre les aubains l'état de demi-servitude qu'ils trouvèrent existant encore à l'époque de leur avènement, et que sans leurs efforts la civilisation dans sa marche incessante aurait de bonne heure fait disparaître.

Même dans les provinces méridionales, les légistes des Parlements firent sentir leur influence. Jusqu'au quatorzième siècle, ces provinces avaient été régies par le droit romain, à peu près tel qu'il existait dans le *Breviarium Alarici* ; or ce recueil, fait pour les provinciaux et revu par les conquérants barbares, ne contient aucune disposition particulière contre les étrangers. Il en est de même du curieux recueil, presque littéralement copié sur celui-là, qui nous est parvenu sous le nom de *Petri Excerptiones*, et qui nous fait connaître le droit romain qui était en vigueur dans une partie de notre

pays au onzième siècle. Ce sont les légistes, entrés dans les tribunaux à partir du quatorzième siècle, qui, substituant au droit romain, devenu la Coutume de tout le Midi, le droit romain plus ancien, plus scientifique, qu'ils avaient étudié sous les glossateurs, firent passer dans la jurisprudence l'antique distinction du *jus civile* et du *jus gentium*.

Nous devons maintenant présenter un exposé rapide des différents principes qui, en conséquence de ces dispositions des Parlements, se fortifièrent de jour en jour dans la jurisprudence, et réagirent peu à peu sur les Coutumes nationales, auxquelles en eux-mêmes ils étaient pour la plupart bien opposés.

33. On tenait que les aubains étaient capables dans toute la France des actes du droit des gens : ainsi les aubains pouvaient librement vendre, acheter, louer, échanger, même hypothéquer, en général faire tous les actes *juris gentium*. Au contraire tous les actes du droit civil leur étaient interdits. Ici le système romain ressuscité par les Parlements cadrait en partie avec le système coutumier : l'un et l'autre système se trouvaient d'accord pour défendre à l'étranger de tester et de succéder. Seulement le système romain partait du

principe que c'est par une sorte de privilège exorbitant et par la seule faveur du droit civil que l'homme peut, suivant certaines formes, transmettre ses biens pour le temps où il ne sera plus, ou jouir d'une propriété parfaite sur les biens de ses proches après leur mort, et en conséquence il disait : « *Testamenti factio est juris civilis* ; » tandis que le système coutumier n'était rien qu'une tradition de l'ancien esclavage des étrangers.

Il faut d'ailleurs le reconnaître , la prohibition absolue de succéder et la prohibition de transmettre à tous autres qu'à ses enfants regnicoles , cette double prohibition portée contre l'aubain n'était point seulement la dernière ruine d'un ancien régime actuellement détruit, ni un ridicule emprunt fait au droit romain : cette double incapacité se justifiait en définitive par la constitution de la société à cette époque. Dans un temps où la possession territoriale donnait la suzeraineté, où le possesseur du sol avait dans ses mains la souveraineté presque tout entière, il était bon , il était utile que jamais un étranger ne pût posséder sur le sol français une de ces terres , un de ces châteaux forts , dont le possesseur à la tête de ses vassaux pouvait presque impunément braver toutes les lois et arriver à une

indépendance à peu près complète : il était bon et utile que la couronne de France ne fût pas exposée à des amoindrissements par la liberté laissée aux étrangers de parvenir à un droit si absolu sur la terre et sur les personnes : ce droit au fond étant éminemment politique, ne pouvait régulièrement appartenir qu'à des Français.

Sous ce point de vue, et tant que la féodalité fut debout et redoutable, le droit d'aubaine ne doit pas être confondu dans la même réprobation avec le droit de naufrage, et flétri comme celui-ci du nom de *droit insensé*. Mais cette idée, qui pouvait seule au moyen âge légitimer le droit d'aubaine, ce n'est point elle qui l'avait fait introduire et qui l'a fait se maintenir si longtemps : nous l'avons suffisamment montré, il ne faut pas en chercher l'origine ailleurs que dans les anciennes idées germaniques, qui subsistèrent pendant bien des siècles et auxquelles vint se joindre l'influence étrangère du droit romain appliqué par les Parlements. Seulement, nous l'avons vu, le génie de Charlemagne était pénétré d'une idée vraiment politique, lorsque, voulant que les sujets de ses trois fils pussent librement se transmettre leur succession sans rechercher si le *de cujus* et l'héritier obéissaient ou

non au même prince, il n'apportait qu'une exception pour le cas où il s'agirait d'un bénéfice : il avait entrevu le véritable danger, le seul inconvénient réel qu'il pût y avoir à traiter les étrangers sur un pied d'égalité avec les nationaux. Mais ce qui démontre bien que ce n'est point une idée politique de cette espèce qui perpétua ces incapacités contre les étrangers, c'est d'abord que les étrangers furent presque toujours reconnus être parfaitement capables d'acquérir, même la propriété foncière, par tous actes autres que les testaments et les successions, c'est-à-dire par les actes qui étaient permis à Rome aux *peregrini* ; c'est, en second lieu, que le droit d'aubaine ne frappait pas seulement sur la propriété territoriale, mais sur tous les biens quelconques ; c'est enfin que le droit d'aubaine a survécu pendant bien des siècles à la ruine des châteaux forts et de la féodalité.

Il faut, on le voit, renoncer à expliquer notre ancienne jurisprudence par d'autres motifs, par des motifs plus rationnels, que l'admiration irréfléchie des Parlements pour le droit romain et leur désir de faire arriver à la royauté le plus d'influence et le plus de richesses possible ; à quoi l'on peut joindre ce culte du passé et ce mépris des innovations que

professent presque toujours les hommes versés dans la pratique du droit.

34. Les étrangers, d'après la jurisprudence, pouvaient faire et recevoir des donations entre-vifs (1). Cette règle était le résultat naturel de l'affranchissement des aubains. Elle était d'ailleurs conforme au droit romain : car en droit romain la donation était d'abord, non pas un mode spécial d'acquérir, mais un acte de libéralité susceptible de s'opérer par tous les modes d'acquérir, soit du droit des gens soit du droit civil, et par conséquent accessible aux étrangers ; et la donation, ayant ensuite été élevée au rang d'un contrat particulier, le fut à une époque où le droit des gens avait déjà envahi le droit civil et où tous les contrats étaient communs aux étrangers.

Cette règle, qui déclarait les étrangers capables des donations entre-vifs, fut peu à peu étendue. La faveur du mariage fit même admettre la validité du don mutuel entre deux époux étrangers. En effet une pareille disposition différait essentiellement du testament, d'abord en ce qu'elle ne pouvait être révoquée que par un consentement mutuel, ensuite en ce qu'elle devait nécessaire-

(1) Loisel, *Institutes coutumières*, liv. 1, règle 51.

ment être faite par personnes en santé, enfin en ce qu'elle était sujette à insinuation. Bacquet rapporte un arrêt du 16 novembre 1551, qui a consacré ce système. — Ce don mutuel, du reste, ne pouvait être fait que dans le ressort des Coutumes qui le permettaient, et il n'aurait point suffi de rechercher si la loi du pays des conjoints étrangers ne leur défendait pas une telle libéralité (1).

Bien plus, suivant Bacquet, Ricard et Bourjon, l'institution contractuelle d'héritier qu'un étranger aurait faite en faveur de son conjoint ou de ses enfants aurait été validée, parce qu'une institution contractuelle, ayant toute la faveur et l'irrévocabilité d'une donation entre-vifs, est bien plus un contrat qu'une disposition à cause de mort. A plus forte raison des gains nuptiaux et de survie pouvaient-ils être valablement stipulés dans le contrat de mariage d'étrangers : on cite un arrêt du conseil souverain de Colmar, du 8 février 1755, qui a validé le contrat de mariage passé entre un étranger et une femme d'origine française, et portant qu'au cas de prédécès du futur époux

(1) Pothier, *Traité des personnes*, tit. 2; *Traité des donations entre mari et femme*, n° 160; *Interprétation de l'art. 68 de la Coutume de Dunois*, n° 17.

tous les biens dépendants de la communauté appartiendraient propriétairement à la veuve (1). — Du reste, et c'est une remarque qu'il est même presque superflu de faire, la faveur du mariage ne pouvait produire cet effet de permettre au survivant de deux époux étrangers de succéder à l'autre, même au cas où le prédécédé ne laissait aucuns parents : l'incapacité de succéder et de transmettre revenait ici dans toute sa force, et le droit d'aubaine s'appliquait sans difficulté. Aussi voyons-nous un grand nombre de nos anciens jurisconsultes tomber d'accord pour nous dire que le titre *Undè vir et uxor* n'a pas lieu entre conjoints dès que l'un d'eux est étranger non naturalisé.

Sur ces dispositions entre-vifs, dont les étrangers étaient activement et passivement capables, il nous reste à faire une remarque bien importante et à laquelle nous aurons encore occasion de revenir. Le roi ne pouvait jamais venir réclamer les réserves coutumières, accordées en général aux héritiers : la disposition faite par l'aubain valait pour le tout, sans que le roi exerçant le droit d'aubaine pût la faire réduire. C'est un point que signale Valin, dans son excellent *Commentaire*

(1) Merlin, *Répertoire*, v^o *Gains nuptiaux et de survie*, § 11.

sur la Coutume de la Rochelle (tit. des Donat., art. 64).

35. En combinant ces différentes règles admises par notre ancienne jurisprudence, on était arrivé à cette formule générale : L'ÉTRANGER VIT LIBRE ET MEURT SERF EN FRANCE. De sorte que la condition civile de l'aubain était précisément l'inverse de celle de la femme mariée, de laquelle on disait : *serva vivit et libera moritur*. Mais il faut bien se garder de croire que cette formule, par laquelle on voulait résumer la position de l'aubain, fût littéralement exacte, qu'elle s'appliquât toujours. En général, on l'appliquait à la lettre toutes les fois qu'elle empirait la condition de l'aubain : ainsi on lui défendait de tester *etiam ad pias causas* ; ainsi encore on assimilait au testament la donation à cause de mort, qui comme le testament ne produit un effet définitif qu'au décès de l'auteur de la libéralité, et en conséquence on défendait à l'étranger de recueillir et de disposer par donation à cause de mort. Cette prohibition existait même au cas où la donation aurait été faite en forme de donation entre-vifs : car, comme dit l'art. 267 de la Coutume de Paris, « Toutes donations, encore qu'elles
« soient conçues entre-vifs, faites par personnes

« gisans au lit malades de maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires et non entre-vifs. »

Mais d'autre part cette formule n'exprimait point tous les côtés par lesquels la condition de l'aubain pendant sa vie était bien au-dessous de celle du Français : il s'en fallait que l'aubain participât à tous les avantages juridiques que les lois garantissaient à l'homme libre pendant sa vie. D'abord tous ces droits qui ont un caractère public ou semi-public étaient rigoureusement refusés à l'étranger, par cette raison que l'étranger ne doit avoir aucune autorité dans le royaume. En conséquence, l'étranger ne pouvait être nommé à aucune fonction ou charge publique ; il ne pouvait être reçu au serment d'avocat, ni être principal ou régent dans les Universités, et on ne lui conférait même de degrés qu'à la condition de n'en pas faire usage en France ; il ne pouvait tenir de bénéfice ; il ne pouvait être chargé de la tutelle d'un mineur. Il résulte même de l'art. 7 des lettres patentes du 28 novembre 1638, données pour servir de statut aux marchands épiciers et apothicaires à Paris, que les seuls Français pouvaient être reçus marchands apothicaires-épiciers, et que les étrangers ne le

pouvaient qu'après avoir obtenu des lettres de naturalité dûment vérifiées.

Même quant aux droits purement privés, l'étranger ne vivait pas dans la plénitude des avantages qui distinguaient l'homme libre regnicole du serf. Nous devons parcourir avec quelques détails les différences que la jurisprudence maintenait à cet égard.

36. Au premier rang de ces différences se place celle résultant de l'obligation où était l'aubain qui figurait comme demandeur dans une instance de fournir caution de payer les dépens et autres condamnations accessoires qui pourraient être prononcées contre lui dans le cours du procès.

L'origine de cette institution se perd dans la nuit des temps. Je ne suis même pas éloigné de voir là un reste de l'ancienne organisation germanique et de cette fidéjussion universelle qui garantissait autrefois toute obligation à laquelle pouvait se trouver soumis un homme libre germain : dès ces temps reculés, le rachimbourg, qui avait pour garants tous les hommes libres du canton, pouvait très-bien refuser d'entrer en lice avec le *warganeus* qui réclamait justice et qui n'avait pas réussi à trouver un répondant. C'est ce que sem-

bleraient prouver deux passages des lois anglo-saxonnes de Canute, où il est parlé d'un étranger qui, ne connaissant personne dans le pays et ne pouvant par conséquent prêter une caution, se trouve ainsi dans l'impossibilité de poursuivre la réparation du tort qu'on lui a fait et de provoquer son adversaire à l'ordalie du fer rouge ou de l'eau bouillante (1); le même cas est prévu au chap. 65 des lois de Henri I^{er} et dans le curieux traité de Bracton (2). L'origine germanique de cette institution semble également établie par les *Institutes de Littleton*, qui nous font connaître les anciennes coutumes des Français conservées dans les lois anglaises : l'auteur, énumérant six classes de personnes contre lesquelles on n'est obligé de plaider qu'autant qu'elles ont un répondant, nous signale parmi ces personnes « le *alien* que est née « hors de la ligeance nostre seignior le roy » (3). Les lettres de naturalité en Angleterre et en Normandie détaillaient tous les privilèges dont celui qui les obtenait devait jouir, et on y lisait notamment ceci : « *In curiis audiatur ut Angli, non repel-*

(1) *Leges Cnuti regis*, tit. 32 et 37.

(2) *Lib. 1, tract. 2, cap. 8*.

(3) *Institutes de Littleton*, liv. 2, ch. 11, § 198.

« *latur per illam exceptionem quod sit alienigena.* »

Quoi qu'il en soit, à la fin du treizième siècle, cette nécessité pour le demandeur de fournir caution nous apparaît établie en France, non-seulement contre l'étranger proprement dit, mais en général contre tout individu qui plaidait en une autre cour que celle de son seigneur. C'était là une règle que son utilité pratique devait faire passer facilement dans la jurisprudence des Parlements : aussi s'est-elle maintenue sans interruption jusqu'à nos jours à l'égard des étrangers proprement dits. Lors de la rédaction officielle des Coutumes au seizième siècle, on jugea même nécessaire de lui donner, s'il est possible, plus de force encore que ne lui en assurait une jurisprudence constante, et on l'écrivit dans la Coutume d'Abbeville, locale de Ponthieu, à l'art. 37.

Dès que cette règle eut été adoptée par la jurisprudence des Parlements, par suite de la manie qui régnait alors de tout rattacher au droit romain, par suite de l'habitude générale où l'on était de ne juger de la bonté d'une institution que par la circonstance qu'elle existait ou non à Rome, on affubla cette obligation particulière de l'étranger demandeur d'un nom qui dans

les lois romaines désignait tout autre chose ; on ne rechercha même pas ce qui en droit romain avait le plus d'analogie avec l'institution dont il s'agit : on ne songea pas à l'obligation imposée par Justinien au demandeur de fournir un fidéjusseur, *ad excludendas calumniosè moventium intentiones* (1). On trouva que le droit romain astreignait le défendeur dans deux cas particuliers à donner la caution *judicatum solvi* ; et dès lors abusivement on appela caution *judicatum-solvi* la caution que devait fournir chez nous, non pas le défendeur, mais le demandeur étranger. Aussi tous nos anciens auteurs soutiennent-ils bravement que la caution *judicatum-solvi*, comme ils aiment à l'appeler, nous vient en droite ligne des lois romaines. Tel est du reste l'empire des mots qu'à une certaine époque on voulut assujettir à cette obligation de fournir caution la même partie qui y était quelquefois soumise en droit romain, c'est-à-dire le défendeur, mais seulement au cas où ce défendeur était un aubain ; et cette prétention fut encore élevée, mais pour la dernière fois, à la fin du dix-septième siècle. Elle avait déjà été repoussée par un arrêt du 13 février 1581, fondé sur

(1) Nouvelle 112, ch. 2.

ce que la défense est de droit naturel; un autre arrêt du 28 avril 1698 vint étouffer définitivement et pour jamais une doctrine aussi peu équitable (1). En conséquence de ces principes généralement admis dans la jurisprudence, on tenait même que l'étranger sur qui avait été pratiquée une saisie et qui en demandait mainlevée, non plus que l'étranger dont le navire avait été pris en mer pendant la guerre et qui venait le réclamer, n'étaient tenus de fournir caution, par la raison que dans l'un comme dans l'autre cas le réclamant ne pouvait être considéré que comme défendeur à la demande formée *ipso facto* soit par la saisie soit par la confiscation du navire.

Pour savoir quand devait être fourni cette caution *judicatum-solvi*, dans notre ancienne jurisprudence on recherchait uniquement si celui qui avait intenté le procès était étranger. Maintenant, que cet étranger demeurât en France ou hors de France, que le procès s'agitât en première instance ou sur l'appel intenté par le demandeur débouté, devant un tribunal criminel ou devant un tribunal civil, tout cela était indifférent. De bonne heure aussi on avait senti que le motif d'utilité qui avait fait

(1) Bacquet, ch. 8, n° 3; Pothier, *Traité des personnes*, tit. 2, sect. 2.

passer cette institution dans la jurisprudence, existant par cela seul que le demandeur était étranger, il ne fallait point rechercher si le défendeur était lui-même étranger ou Français : « La loi est générale et ne distingue point, » dit Bourjon, qui nous fait connaître à cet égard le droit commun de la France ; Bacquet cite même un arrêt, du 23 août 1571, rendu entre deux Portugais résidant à Paris, qui les condamne à se bailler respectivement caution, attendu qu'ils se présentaient tous deux comme demandeurs l'un contre l'autre. En effet, dès que la justice française connaît d'une affaire et prononce un jugement, que ce soit entre un Français et un étranger ou entre deux étrangers, il est de sa dignité que sa sentence puisse au moins être exécutée : par conséquent elle doit admettre les précautions légales qui tendent à empêcher que cette sentence ne soit méconnue et foulée aux pieds par la partie condamnée ; or l'exécution de la condamnation obtenue, soit par un Français soit par un étranger, contre un étranger, serait à peu près impossible sans la précaution dont il s'agit, parce que l'étranger condamné, s'il n'est pas déjà hors de France, peut en sortir d'un moment à l'autre et se jouer alors

du jugement rendu contre lui par les tribunaux d'un pays où il n'a pas de biens qu'on puisse saisir.

On admettait déjà dans notre ancienne jurisprudence plusieurs exceptions à la nécessité pour l'étranger demandeur de fournir la caution *judicatum-solvi*. Ainsi, au cas de possessions suffisantes en France, l'étranger était autrefois, comme il est encore aujourd'hui dispensé de la fournir. Il en était également dispensé en matière commerciale. Enfin un troisième cas de dispense existait pour les causes d'aliments ; c'est du moins ce qui fut décidé en 1730 par le Parlement de Toulouse.

Il y a encore un autre cas tout différent où l'étranger était tenu de fournir caution : c'était le cas où il voulait faire la banque. D'après un édit de Henri II, « Est prohibé à tous étrangers exercer fait de banque au royaume de France, sans avoir préalablement baillé caution de gens résidents et solvables de 50,000 écus. » Cette caution devait être renouvelée tous les cinq ans.

37. Voici encore une autre correction qu'il fallait apporter à la formule L'ÉTRANGER VIT LIBRE EN FRANCE : l'étranger, en règle générale, était soumis de plein droit à la contrainte par corps pour

toute sorte de condamnations, même purement civiles, prononcées contre lui.

Jusqu'à Philippe le Bel au surplus, l'étranger avait été sous ce rapport dans la position de toute partie condamnée ; et depuis l'ordonnance de 1304, qui ne permit d'exercer la contrainte par corps que contre ceux qui s'y seraient formellement soumis, la position de l'aubain à cet égard fut encore en définitive semblable à celle du Français, c'est-à-dire que la soumission à la contrainte par corps devint, bientôt après cette ordonnance, une formule dans tous les actes notariés, indépendamment du pays des contractants. Cet état de fait fut sanctionné par l'art. 48 de l'Ordonnance de Moulins, de 1566, qui porte que « Tous les jugements et
« condamnations de sommes pécuniaires, pour
« quelque cause que ce soit, pourront être promptement exécutés par toute contrainte. » Ce n'est qu'un siècle plus tard qu'une règle différente commença à être suivie à l'égard de l'étranger et à l'égard du Français : l'Ordonnance de 1667 en effet (1) étant venu abroger cette voie d'exécution comme règle générale et en restreindre l'application à certaines espèces de dettes, les légistes commentateurs

(1) Tit. 34, art. 1.

de l'ordonnance se hâtèrent de soutenir, et la jurisprudence adopta ce système, que cette abrogation n'était rien autre chose qu'un présent de la loi fait aux sujets du roi ; qu'en conséquence les étrangers devaient comme par le passé être soumis pour toute espèce de condamnations à la contrainte par corps ; on ne craignit même pas de présenter, comme étant parfaitement conforme au droit naturel, ce principe absurde autant que barbare : « *Ergò solvat, si non in ære, saltem in cute.* » Telle est l'origine de la position exceptionnelle de l'étranger relativement à la contrainte par corps, position exceptionnelle que le législateur de 1832 n'a pas encore osé complètement abolir.

Du reste, déjà avant l'Ordonnance de 1667 on peut dire que la condition de l'étranger relativement à la contrainte par corps était en un point plus dure que celle du Français : l'étranger n'était pas reçu dans notre ancienne jurisprudence à faire cession de biens, c'est-à-dire à abandonner tous ses biens à ses créanciers pour anéantir et faire cesser leurs poursuites. C'est ce qui fut consacré pour la première fois par un arrêt du Parlement de Paris, *donné ès plaidoiries d'après-dîner*, le 12 mai 1565. Cette exclusion, nos anciens auteurs ne man-

quaient pas de la justifier par l'autorité du droit romain : « *Cessionis beneficio*, dit Choppin, *quod*
« *lege Juliâ indultum est, cives romani utebantur*
« *solî si solvendo non essent.* » En définitive, c'est encore là une règle que son utilité aux yeux de nos ancêtres pouvait seule excuser : suivant l'énergique expression d'un jurisconsulte du seizième siècle, « autrement l'étranger pourroit à son avantage sucer le sang et la moëlle des Français, puis les payer en faillites. » L'ordonnance de 1673 a une disposition expresse pour dénier à l'étranger la faculté de faire cession de biens (1).

38. La jurisprudence défendait aussi à l'étranger d'effectuer le retrait lignager. Ici, l'incapacité de succéder une fois admise, cette prohibition particulière avait du moins le mérite d'être rigoureusement logique. En effet tout ce qui se rattachait à ces coutumes, chères à nos aïeux, qui avaient pour but de conserver les biens dans les mêmes familles, tout cela était inapplicable à l'aubain, qui n'avait point de famille aux yeux de la loi, en ce sens qu'il n'avait point de parents à qui il pût succéder ou transmettre. C'est ainsi que les réserves coutumières ne venaient point frapper les donations

(1) Tit. 10, art. 2.

entre-vifs que pouvait faire l'aubain ; c'est ainsi d'un autre côté, que l'aubain ne pouvait jamais venir retraire aucun immeuble aliéné par son parent décédé, parce que dans le patrimoine de l'aubain on ne pouvait pas distinguer des propres et des acquêts, parce que les Coutumes, loin de faire en sorte que certains biens restassent dans la famille de l'aubain, défendaient au contraire aux membres de cette famille de se transmettre leurs biens. Rien donc de plus simple que d'appliquer à l'étranger l'ancienne maxime : « *Qui n'est habile à succéder n'est habile à retraire.* » Notre vieux et excellent jurisconsulte Gui Coquille, dans son *Commentaire sur la Coutume de Nivernais*, fait positivement cette application : « Qui n'est habile à succéder, nous dit-il, ne peut venir à retrait si l'inhabilité ou l'incapacité est perpétuelle : ainsi en faut-il dire d'un aubain nay hors du royaume. »

Du reste, en droit, cette incapacité pour l'aubain d'exercer le retrait n'avait lieu que pour le retrait lignager, non pour le retrait féodal. L'aubain qui se trouvait être possesseur de fief pouvait exercer le retrait féodal, aussi bien que tous les autres droits féodaux : en effet tous ces droits étaient émi-

nemment réels et indépendants de la qualité des personnes, et il suffisait à l'aubain d'avoir la propriété du fief pour avoir tout ce qui était considéré comme démembrement de cette propriété (1).

De ce principe communément admis que l'aubain n'est point capable d'une parenté civile, Bacquet tirait une conséquence bien plus extraordinaire que la prohibition d'exercer le retrait lignager, mais qui, malgré le peu de faveur, l'injustice même, que les étrangers rencontraient dans notre pays, ne paraît pas avoir prévalu dans la jurisprudence : l'aubain en France, disait Bacquet, ne peut demander de réparation civile pour le meurtre de son parent, bien que le meurtrier soit soumis à l'action criminelle ou publique.

39. Dans notre ancienne jurisprudence, c'était encore une opinion généralement admise que l'aubain n'était pas recevable à interjeter l'appel comme d'abus : Fevret, qui dans son *Traité de l'Abus* (2), défend cette opinion, la fonde sur ce que l'appel comme d'abus est une suite de la protection que le roi doit à ses sujets et non à d'autres. Cependant, dès le dix-septième siècle, une vive controverse

(1) Pothier, *Traité des personnes*, tit. 2, sect. 2.

(2) Liv. 1, ch. 2.

s'éleva sur ce point lorsque l'on commença à regarder l'appel comme d'abus d'un point de vue plus élevé, comme n'étant rien autre chose que le résultat de la protection que le roi doit à l'Église elle-même: la faculté de dénoncer au roi l'abus que peuvent faire les ministres de l'Église, disaient les réformateurs et les révolutionnaires de cette époque, cette faculté n'a été introduite que pour donner au roi les moyens de maintenir dans sa pureté le ministère sacré; accordez donc à l'étranger, aussi bien qu'au Français, cette faculté que l'Écriture accorde même aux pierres quand elle nous dit : *« Si tacuerint hi, lapides clamabunt! »*

40. Toutes les incapacités que nous venons de voir consacrées par la jurisprudence à l'égard des étrangers, toutes les privations que nous avons vu les légistes des Parlements accumuler sur leurs têtes, peuvent, à la rigueur, se justifier par leur utilité, surtout si l'on a un peu égard aux siècles où elles prirent naissance. Mais nous arrivons à une incapacité, ou plutôt à une série d'incapacités, établie par des motifs qu'il faut bien avoir le courage d'appeler puérils, quoique de nos jours encore ils soient souvent invoqués. Je veux parler de la pratique qui consistait, dès qu'un étranger réclamait

un droit quelconque, à rechercher dans les lois romaines si le droit correspondant était de droit civil ou de droit des gens, et à n'en permettre l'exercice à l'étranger qu'autant qu'à Rome ce droit n'était pas propre aux *cives romani*. Nous avons déjà vu que cette distinction d'un *jus gentium* et d'un *jus civile*, conforme aux mœurs et à la position du peuple romain, était chez nous au moins insignifiante et peu d'accord avec les idées françaises. Nous avons encore à parcourir quelques institutions, dont la jurisprudence, partant uniquement de cette distinction devenue vide de sens, refusait le bénéfice aux étrangers.

En première ligne se plaçait l'adoption, tant qu'elle a existé dans une partie de notre pays, ou *l'affiliation*, dont parlent quelques Coutumes (1). L'adoption, disait-on, est un pur effet du droit civil, une pure création de la loi : l'adoption établit des liens et des rapports là où la nature n'avait rien mis, entre personnes qui d'après le droit des gens sont étrangères l'une à l'autre : en conséquence, l'aubain, que n'ont point en vue les lois positives quand par leur seule puissance elles créent telle ou telle institution, l'aubain ne peut profiter

(1) Voyez Jean Bouteillier, *Somme rurale*, liv. 1, tit. 94.

de la faculté que ces lois accordent d'adopter ou d'être adopté. Quand nous nous demanderons quelle est présentement la condition de l'étranger en France, nous verrons ce qu'il faut penser de ce raisonnement dont le moindre défaut était d'entraîner des conséquences désavantageuses aux Français eux-mêmes.

En général, la jurisprudence refusait aussi à l'étranger, sur ses enfants français ou étrangers, la puissance paternelle (et notamment le *droit de garde*), qui, à la différence de l'adoption, a toujours existé, et sans éprouver de grandes modifications, dans les diverses parties de notre pays. Ici encore on se payait de mots et l'on se fondait sur ce qu'à Rome la *patria potestas* était éminemment une institution de droit civil. — De même quant à quelques-unes des conséquences du droit de puissance maritale.

Quant à la prescription, on se trouvait fort embarrassé : le droit romain était là une arme à deux tranchants, qui était à la fois favorable et contraire à ceux qui voulaient permettre à l'étranger de prescrire et à ceux qui lui refusaient cette faculté. Alors pour résoudre la question on ne trouvait rien de mieux à faire que de se lancer dans de longues

discussions sur le point de savoir si la prescription en France était l'*usucapio* du droit civil romain ou si c'était la *præscriptio longi temporis* du droit des gens. Cependant presque tout le monde était d'accord pour admettre en faveur de l'étranger la prescription par possession immémoriale ; mais Pothier déclare l'étranger incapable de prescrire sans faire aucune distinction (1). — On a toujours admis que l'étranger pouvait invoquer la prescription à l'effet de se libérer : en effet, disait-on, cette espèce de prescription doit participer de la nature des contrats, lesquels sont tous *juris gentium*.

Il nous reste à dire quelques mots d'un point sur lequel la jurisprudence et les auteurs, pour rester fidèles à la législation romaine, tendaient à accorder à l'aubain un droit que le Code civil semble bien refuser aujourd'hui à l'étranger proprement dit, à celui qui est venu en France sans avoir obtenu du gouvernement français aucune autorisation : il s'agit du droit de domicile.

En général l'aubain, dans l'ancienne jurisprudence, était reconnu susceptible d'acquérir un domicile en France. On se fondait, pour le décider ainsi, sur plusieurs lois romaines, notamment sur

(1) *Traité de la prescription*, n° 20.

la L. 7, *C. De incolis*, sur les LL. 20 et 27, *D. Ad municip.* On lit en effet dans la L. 20 : « *Domicilium re et facto transfertur* » ; ce qui faisait conclure que le domicile n'était que le résultat d'une résidence ayant en fait certains caractères, et non un droit civil réservé à telle classe privilégiée de personnes. Quoi qu'il en soit de la justesse de cette interprétation et de ce raisonnement, sans examiner ici si l'on ne se méprenait pas en confondant le *domicilium* dont il est question dans les lois romaines avec ce qu'en France nous appelons *domicile*, nous voyons que nos anciens auteurs, et entre autres d'Argentré, après avoir posé une séparation bien marquée entre le droit de cité et le droit de domicile, accordaient le dernier à l'étranger, parce que dans sa personne concouraient le *factum* et le *consilium*.

Cela une fois admis, il y avait une conséquence bien importante, que Pothier notamment tirait de l'existence d'un domicile pour l'étranger. « Lors-
« que des étrangers, quoique non naturalisés, di-
« sait ce grand jurisconsulte, mais *domiciliés* en
« France sous une Coutume qui admet la commu-
« nauté de biens sans qu'il soit besoin de la sti-
« puler, y contractent mariage sans passer aucun

« contrat de mariage, la communauté légale a
« lieu entre ces personnes. Il est vrai que ces per-
« sonnes ne sont pas capables du droit civil, qui
« n'a été établi que pour les citoyens, tel que le
« droit des testaments, des successions, du retrait
« lignager; mais elles sont capables de ce qui ap-
« partient au droit des gens, telles que sont toutes
« les conventions. Or la communauté légale n'est
« fondée que sur une convention, que les person-
« nes qui contractent mariage sont présumées avoir
« eue d'établir entre elles une communauté telle
« que la loi de leur domicile l'établit, de laquelle
« convention, de même que de toutes les autres
« conventions, les étrangers sont capables. La
« communauté légale peut donc avoir lieu entre
« ces personnes » (1). Réciproquement, on décidait
sans hésiter, dans ce système, que, si un étran-
ger domicilié dans le ressort de la Coutume de
Normandie ou dans une province de droit écrit
épousait, sans faire de contrat, soit une étrangère
soit une Française, les conjoints devaient être re-
gardés comme mariés sans communauté. En un
mot, dès qu'un étranger était domicilié en France,
s'il venait à se marier, il avait pour régime légal,

(1) *Traité de la communauté*, n° 21.

non celui du lieu de sa naissance, mais celui du lieu de son domicile. Il paraît toutefois que ce système n'était pas universellement admis : Bourjon pose au contraire en principe qu'entre étrangers en France il ne peut y avoir communauté de biens, si elle n'est expressément stipulée, et il cite à l'appui un arrêt du 8 janvier 1632.

§ 2. — Des restrictions et des adoucissements successifs que reçut le droit d'aubaine.

Jusqu'ici nous avons recherché comment étaient traités en France les étrangers en général, et dans la pureté primitive du régime de l'aubaine appliqué par les Parlements. Nous devons maintenant nous occuper des étrangers qui, par suite de privilèges de diverses natures, ou bien jouissaient des mêmes droits civils que les sujets du roi, ou bien du moins étaient dans une condition plus douce que celle résultant de toutes les incapacités que nous avons signalées.

41. En général, dès qu'une personne était née hors du royaume, soit qu'elle résidât en France, soit que, résidant habituellement en pays étranger, elle ne fit que traverser accidentellement notre territoire, soit enfin qu'elle eût seulement des biens

en France, dans tous ces cas elle était également soumise au droit d'aubaine. Cependant nous voyons qu'on a quelquefois voulu faire des distinctions à cet égard. Ainsi plusieurs de nos anciens jurisconsultes, notamment Choppin et Dumoulin, ont soutenu que les étrangers qui voyagent en France sans s'y établir sont exempts de l'aubaine, en ce sens que, s'ils viennent à décéder dans le cours de leur voyage, le roi n'aura aucun droit à leur succession. Ces auteurs se fondaient sur ce que les biens de ces étrangers ne proviennent point d'espèces gagnées en France, « pour ce que tel acquêt n'est fait « du prix acquis audit royaume », comme dit Papon. On soutenait également, et par le même motif, que, lorsqu'un étranger demeurant hors du royaume avait acquis des biens en France, ses héritiers légitimes ou ses légataires ne devaient pas être exclus de ces biens : telle était l'opinion de Rebuffe. Mais ni l'un ni l'autre de ces tempéraments n'avait prévalu dans la jurisprudence, et nous avons plusieurs arrêts anciens qui prouvent que la loi d'aubaine s'appliquait dans ces deux cas, aussi bien que quand il s'agissait d'un étranger résidant habituellement en France.

On n'admettait à cette règle générale qu'une

seule exception, qui devait se présenter assez rarement. Il paraît que dans l'origine, et environ jusqu'àurègne de Charles VIII, l'étranger *non résidant au royaume* pouvait transmettre et recueillir par succession les immeubles situés en France, quand il était noble et spécialement prince souverain ; tandis que le droit d'aubaine frappait indistinctement tout étranger, noble ou roturier, qui résidait en France. Ce droit s'est conservé dans l'art. 72 de la Coutume de Vitry, ainsi conçu : « Par Coutume
« en noblesse ne gît espavité, qui est à entendre
« que les nobles natifs et demeurans ès pays d'Al-
« lemagne, Brabant, Lorraine, Barrois, ou ailleurs
« hors du royaume, succèdent à leurs parens dé-
« cédés, soit qu'ils fussent demeurans audit royaume
« ou ailleurs, ès biens délaissés par leur trépas
« audit bailliage, meubles ou immeubles, nobles
« ou roturiers. » C'est ce que laissent aussi entendre les registres de la Chambre des comptes que nous avons déjà cités. Nous pourrions en effet rapporter ici un grand nombre d'exemples de princes étrangers qui ont possédé et transmis à leurs descendants, sans lettres de naturalité, non-seulement des terres et des seigneuries, mais des provinces entières dépendant de la France. Qu'il nous suffise

de rappeler que, pendant plusieurs siècles, les rois d'Angleterre ont successivement recueilli et transmis par succession, sans qu'on ait jamais songé à invoquer contre eux le droit d'aubaine, les provinces de Normandie, d'Anjou, de Touraine, du Maine et de Guyenne, qui toutes relevaient de la couronne de France ; que de même Pierre d'Aragon ayant épousé, en 1204, la fille du seigneur de Montpellier, leurs descendants, quoique étrangers, jouirent librement de cette seigneurie jusqu'au temps où elle fut acquise par Philippe le Bel ; enfin, que les princes de Lorraine ont souvent recueilli en France toute sorte de successions particulières. Les choses se passèrent ainsi jusqu'au seizième siècle. Mais le savant Dupuy, dans son *Traité touchant les droits du roy*, nous assure que depuis le règne de Charles VIII l'usage contraire a été constamment observé ; et nous voyons en effet que, toutes les fois que nos rois ont voulu garantir l'exemption du droit d'aubaine, soit à des princes étrangers, soit à des princes français qui allaient s'établir en pays étranger, ils ont toujours eu soin, à partir du seizième siècle, de leur donner des lettres particulières d'exemption, comme ils auraient pu faire pour de simples roturiers : c'est notamment ce que fit François I^{er} en

faveur de Laurent de Medici (1), duc d'Urbain, et ce que fit Charles IX en faveur de son frère Henri, duc d'Anjou, lorsque celui-ci ayant été élu roi de Pologne, devint par là même étranger.

42. Après cette première limitation au droit d'aubaine, notons-en une seconde, que nous avons déjà indiquée. Comme nous l'avons vu, de bonne heure l'étranger a été relevé de l'incapacité de transmettre sa succession, vis-à-vis de ses enfants regnicoles, c'est-à-dire nés et résidant en France, ou naturalisés ; c'est ce qui est écrit notamment dans la Coutume d'Anjou (art. 41), dans la Coutume du Maine (art. 48), dans la Coutume de Péronne (art. 7).

Il y avait dans ce cas une faveur accordée au père et non pas aux enfants. En effet les enfants n'avaient en eux aucune incapacité de recueillir : car notre ancien droit, comme les lois anglaises encore aujourd'hui et à la différence du Code civil, déterminait la nationalité d'une personne par le lieu de sa naissance et non pas par la nationalité de son père. En conséquence, toute personne née en France jouissait du droit civil, sauf à elle à per-

(1) Je n'ai jamais pu me résoudre à écrire le barbarisme *Medicis* qui est cependant consacré par l'usage.

dre cet avantage en allant se fixer ensuite en pays étranger ; et réciproquement on était aubain par cela seul qu'on était né en pays étranger. « Le droit d'aubaine, dit Dupuy, est si privilégié que tout homme natif hors de France est réputé aubain, s'il n'a obtenu des lettres de naturalité » ; « *Extraneus est extrà regnum Franciæ conceptus et natus* », dit également Boërius dans sa 13^e décision. Cependant on admettait en général que l'enfant né en pays étranger de Français qui voyageaient, qui n'avaient point perdu l'esprit de retour, n'avait pas besoin de lettres de naturalité pour jouir en France des bienfaits du droit civil.

Cette exception au droit d'aubaine, qui dans un cas particulier permettait à l'étranger de transmettre sa succession, pouvait entraîner à sa suite une autre exception plus considérable. Dans le cas où l'aubain avait un enfant légitime, né et résidant en France, et un autre enfant également légitime et résidant en France, mais né en pays étranger et par conséquent aubain lui-même, la Coutume autorisait celui-ci à prendre part à la succession de son père : ici l'incapacité de recueillir aussi bien que l'incapacité de transmettre, c'est-à-dire le droit d'aubaine sous sa double face,

disparaissait. Il ne faut pas aller chercher bien loin le motif de cette faveur : il faut dire tout simplement que, le fisc ne pouvant ici absolument rien prétendre par cela seul qu'il y avait un enfant légitime et français, on voulait bien décider de la manière la plus équitable une question dont la solution ne touchait aucunement à l'intérêt du roi. Par le même motif, lorsqu'un aubain laissait un enfant légitime et français, le testament qu'avait pu faire cet aubain était exécuté : l'enfant, qui avait seul intérêt à la succession, n'était pas reçu à attaquer la disposition que son père en avait faite (1). C'est ce qui a fait dire à Lebrun que « Les enfants regnicoles valent à l'aubain des lettres de naturalité ». Inutile, du reste, de faire remarquer que l'aubain dans cette position favorable aurait en vain testé au profit d'un autre aubain : car, si le testateur était capable de disposer, le légataire en pareil cas était incapable de recueillir ; seulement, il va de soi qu'on aurait exécuté le testament par lequel l'aubain aurait partagé sa succession entre ses descendants regnicoles d'une part, et ses descendants étrangers, mais résidant en France, d'autre part.

(1) Voyez *Coutume de Péronne*, tit. 8.

Le privilège accordé à l'aubain qui avait des enfants légitimes et regnicoles n'avait trait qu'à la capacité de transmettre ; cet aubain demeurerait incapable de recueillir la succession même de ses enfants prédécédés. C'était là un des cas rares où la règle de réciprocité dans l'ordre des successions n'avait pas lieu ; et sous ce rapport les enfants regnicoles donnaient à l'aubain moins de droit que les lettres de naturalité.

43. En général, les aubains n'avaient qu'un moyen d'arriver à la jouissance complète des droits des nationaux : c'était d'obtenir du roi des lettres de naturalité. Encore ce moyen n'était-il ouvert qu'à l'aubain catholique, ainsi que nous le voyons dans l'ancien formulaire des lettres de naturalité.

Le droit d'effacer ainsi en faveur de tel étranger nommément le vice de pérégrinité a toujours dans notre pays été reconnu appartenir au roi, sauf peut-être pendant les deux siècles où la royauté s'absorba dans la féodalité. Et nous pouvons même remarquer en passant que c'est encore là un des principaux arguments que la royauté fit valoir pour arriver à la jouissance exclusive des profits du droit d'aubaine : puisqu'il a été reconnu de tout temps, disait-on, qu'il n'y a que le roi qui puisse dans son

royaume accorder aux aubains des lettres de naturalité, qui puisse par une espèce d'adoption admettre l'aubain au rang de ses sujets, il est juste qu'il n'y ait aussi que lui seul qui succède aux étrangers à défaut d'enfants légitimes et regnicoles.

Les lettres de naturalité étaient toujours censées accordées sous une condition, sous la condition que l'étranger qui les avait obtenues résiderait constamment en France : sa non-résidence était regardée comme une renonciation au droit résultant de ses lettres ; nous avons à cet égard une ordonnance de Louis XII, de 1499, et une Déclaration de février 1720. Il y avait encore une autre obligation, que devait remplir l'étranger qui sollicitait des lettres de naturalité : d'après l'ancien usage, il devait payer finance au roi proportionnellement à sa fortune ; plus tard, au lieu de cette finance, l'étranger faisait une aumône aux pauvres.

Les lettres une fois obtenues, pour qu'elles pussent produire leur effet, il y avait encore plusieurs formalités à remplir. Il fallait d'abord, pour que le changement d'état fût consommé en la personne de l'étranger, l'enregistrement des lettres à la Chambre des comptes et à la Chambre du do-

maine (1); quant à l'enregistrement au Parlement, il n'était pas jugé nécessaire. Suivant Dupuy, ce double enregistrement n'était exigé que comme étant le signe de l'acceptation de l'étranger; je crois que c'était plutôt là un vestige des droits de chevage et de formariage, *dont*, suivant l'expression d'un de nos vieux jurisconsultes, *on comptait à la Chambre des comptes*: comme les lettres de naturalité affranchissaient l'étranger de ces droits, il était nécessaire que la Chambre en prît connaissance. — Une autre formalité qui fut imposée à l'impétrant, c'est l'insinuation de ses lettres de naturalité. Cela est exprimé dans l'édit de décembre 1703, qui du reste ne prononce pas la nullité pour le cas d'inobservation.

Quelle était la condition de l'étranger qui avait ainsi des lettres de naturalité dûment vérifiées et enregistrées? Cet étranger était tellement relevé à tous égards de son incapacité, qu'il pouvait même être valablement nommé à un emploi public. Il demeurerait seulement exclu, aux termes de l'Ordonnance de Blois, de 1579 (art. 4), de trois dignités ecclésiastiques: il ne pouvait être nommé en France à un archevêché, à un évêché, ni à une

(1) *Coutume de Melun*, art. 6.

abbaye. Sous un autre rapport encore , l'étranger naturalisé était dans une condition inférieure à celle du Français : il ne pouvait venir à la succession de son parent, Français ou naturalisé comme lui, tant qu'il y avait des héritiers nés en France, même plus éloignés en degré que lui, à moins qu'il ne fût le fils légitime du *de cujus*. Enfin les lettres de naturalité ne dispensaient point celui qui les avait obtenues des taxes auxquelles étaient assujettis les étrangers *pour raison du commerce fait en France* : c'est ce qui est décidé en particulier par les Déclarations du 26 janvier 1639 et du 22 juillet 1697 ; et plusieurs arrêts , interprétatifs de ces deux Déclarations, ordonnent même que, faute par l'étranger de payer la somme à laquelle il aura été taxé, les lettres de naturalité par lui obtenues seront tenues pour nulles et non avenues.

Mais d'autre part il pouvait arriver que l'étranger naturalisé eût en réalité un privilège qui était refusé au Français. En effet la faculté donnée à l'étranger naturalisé de librement disposer de ses biens était si ample que, si par la Coutume de la situation des biens il était prohibé de donner entrevifs ou par testament ses héritages propres, sinon du quint ou de moitié ou bien à vie seulement, l'é-

tranger naturalisé, en dépit de cette prohibition pouvait librement disposer de tous ses biens, propres ou acquêts ou meubles; la Coutume ici ne frappait point sur des biens situés cependant dans son ressort. La raison, c'est que la Coutume qui prohibait ou restreignait la disposition des biens, n'ayant été établie qu'en faveur des héritages du sang, afin de les conserver dans la famille, ne pouvait profiter à un héritier anormal et irrégulier, qui ne venait à la succession que par un privilège spécial et non en vertu du droit commun ou coutumier (1). C'est ce qui a été jugé par un arrêt de 1566.

Si l'étranger qui avait ainsi obtenu des lettres de naturalité venait à mourir intestat, sans laisser de parents français ou naturalisés, sa succession allait au roi, quoique les seigneurs hauts justiciers aient encore ici longtemps prétendu que cette succession devait leur appartenir; on leur opposait la maxime *Beneficium non reflectitur in præjudicium concedentis*.

Remarquons, en terminant ce qui concerne les lettres de naturalité, que ces lettres ne profitaient point aux enfants étrangers de l'impétrant, qui n'y

(1) Dionysius Pontanus, *In Consuetud. Blesensibus*, art. 20.

étaient point formellement compris. Les lettres de naturalité ne pouvaient améliorer la position que de ceux à qui elles étaient nominativement octroyées : lors donc que les descendants de l'impétrant participaient aux avantages du droit civil, c'était, non par l'effet des lettres accordées à leur ascendant, mais seulement parce qu'ils étaient regnicoles, c'est-à-dire nés et résidant en France. Tel était l'un des deux sens de cette phrase restrictive que l'on insérait dans les lettres, après avoir dit qu'elles étaient accordées à un tel pour en jouir lui et ses héritiers : « *Proviso quod heredes sint regnicolæ.* »

44. Nos rois, outre ces naturalisations individuelles qu'ils accordaient de temps en temps, ont encore d'assez bonne heure par leurs ordonnances affranchi en masse des rigueurs du droit d'aubaine certaines classes d'étrangers ou des étrangers placés dans telle condition déterminée. Nous pouvons le dire dès à présent, et la suite de ce travail justifiera cette assertion, c'est à un de nos plus grands souverains, à celui peut-être de tous nos rois qu'animent les vues le plus éminemment politiques, c'est à Louis XI qu'appartient surtout l'honneur d'avoir fait taire, au profit des étrangers, l'inté-

rêt immédiat du fisc devant l'intérêt du commerce, de l'industrie et de la richesse nationale.

Dans le principe, les étrangers qui venaient dans notre pays pour faire le commerce étaient en général assimilés absolument à tous autres étrangers; très-anciennement, aucune distinction n'avait été admise en leur faveur. Mais à mesure que le commerce se développa peu à peu, on sentit l'intérêt qu'il y avait pour la France elle-même à voir affluer dans ses foires et dans ses grandes villes les marchands étrangers : la faveur du commerce amena ainsi, à une époque déjà reculé de notre histoire, des exceptions au droit d'aubaine, exceptions d'abord restreintes, et puis considérablement étendues.

D'après une coutume constante, sanctionnée par plusieurs ordonnances de nos rois, nous voyons que dès le berceau de notre nationalité les marchands étrangers qui se rendaient aux célèbres foires de Champagne jouissaient, pendant leur voyage, leur séjour et leur retour, de l'exemption du droit d'aubaine : ce n'était qu'au cas où ils venaient à mourir sans laisser aucun héritier que le roi leur succédait. C'est ce que nous voyons notamment dans un texte rapporté par Ducange et qui est ainsi conçu : « Toutes manières d'aubains d'outremon-

« tains, qui sont marchans des foires, se ils muient
« dedans le cours de la foire , *sans hoirs de leurs* ,
« l'avoir est acquis au Roy » (1). Notre vieux juris-
consulte Bouteillier fait également mention de ce
privilege (2).

Mais il ne faudrait pas croire que ces marchands étrangers, qui étaient traités comme les sujets du roi, en ce sens que, leur mort arrivant, le fisc ne s'emparait point de leur argent et de leurs marchandises, pussent en toute liberté et franchise se livrer au commerce. Ils furent soumis, jusqu'au milieu du quatorzième siècle, à des taxes dont on avait multiplié les noms afin de les percevoir plus souvent, et notamment aux charges de l'*host* et de la *chevauchée*, lesquelles en 1315 furent remplacées par un impôt d'une autre espèce. Voici un extrait d'une ordonnance de juillet 1315, qui ne laisse aucun doute sur l'existence de ces taxes :
« Nous voulons et ordenons et par manière de
« statut faisons que chacun marchand *italien*, de
« toutes manières de marchands que il achétera
« ou que il vendera ès foires de Champagne et de
« Brie et en la ville de Nismes et en toute la pro-

(1) *Regestum de Nundinis Campaniæ*, Ducange, v^o *Albani*.

(2) *Somme rurale*, liv. 1, tit. 25.

« vince de Narbonne , ils paieront tant le vendeur
« comme l'acheteur, pour chacune livre dou pris
« que la marchandise sera vendue ou achetée,
« deux deniers, en lieu du denier de la livre que ils
« payaient devant et *oultre les redevances anciennes*
« *et accoutumées*. Et de toutes marchandises que
« ils achéteront ou venderont, en quelque lieu que
« ce soit en notre royaume hors desdites foires et
« hors desdits lieux, ils paieront pour chacune li-
« vre 4 den., en lieu du denier de la livre que ils
« payaient devant. » La même Ordonnance pres-
crit qu'il soit nommé un certain nombre de *corra-*
tiers (courtiers), d'après la présentation du capitaine
des Lombards et des consuls des bonnes villes d'I-
talie, pour prendre note de tous les marchés pas-
sés dans ces foires et sujets à la taxe.

Philippe de Valois , pour ranimer le commerce,
publia , en juillet 1344 , sur les foires de Champa-
gne , une ordonnance par laquelle il déclarait que
dans ces foires tous les marchands étrangers, qu'ils
fussent Italiens, Allemands, Provençaux, *ou même*
mécréans, pouvaient amener et vendre leurs mar-
chandises en franchise de droits. Par la même or-
donnance il créait un tribunal particulier, dont les
juges, nommés *gardiens des foires*, devaient, avec

l'aide des six ou huit principaux marchands, décider sommairement et sans appel toutes les contestations qui naîtraient dans ces foires, de telle sorte que les marchands qui les fréquenteraient fussent soustraits à tout autre juridiction (1). C'est sans doute là l'origine de l'usage, constamment suivi dans notre jurisprudence, de faire juger par les tribunaux français, sans admettre aucun déclinatoire, les procès nés à l'occasion d'obligations contractées dans les foires françaises, même par des étrangers envers des étrangers.

Charles VII, en accordant à la ville de Lyon, en 1443, le privilège de trois foires franches, exprime qu'elles sont établies à l'instar de celles de Champagne, qui n'existaient plus, et qu'en conséquence les marchands étrangers qui les fréquenteront, venant à y mourir, transmettront leur succession à leurs parents, et que leurs testaments seront exécutés comme s'ils étaient décédés regnicoles.

Louis XI, par lettres patentes de 1462, accorda à la même ville de Lyon une quatrième foire franche; et par l'art. 9 de ces lettres patentes il est dit que les marchands étrangers pourront tester et disposer de leurs biens comme bon leur semblera;

(1) *Ordonnances du Louvre*, t. 2, p. 200.

que leur testament aura son effet comme si le testateur était mort dans sa patrie ; que, si ces marchands mouraient intestat, leurs héritiers recueilleraient la succession suivant les statuts, Coutumes et usages de leur pays, comme si la succession se fût ouverte là même, sans que ces héritiers fussent tenus de payer aucune finance au roi. — La jurisprudence interpréta ces lettres patentes en ce sens qu'il n'y avait point lieu au droit d'aubaine à l'égard des marchands étrangers qui, sans résider en France, fréquentaient seulement les foires de Lyon ; mais la jurisprudence décida que « il y avait « lieu d'aubaine ès deniers estants ès banques de « Lyon pour le regard des estrangers qui avaient « leur domicile en France et y estoient demeurants. » Ce ne fut que par un édit de Charles IX qu'il fut déclaré que les marchands fréquentant les foires de Lyon jouiraient de tous les privilèges et franchises concédés par Louis XI, *encore qu'ils fissent leur résidence continuelle en la ville de Lyon.*

Cette exemption n'avait évidemment d'autre but que de favoriser le commerce. En conséquence, la jurisprudence décida toujours qu'elle ne s'étendait point aux héritages et aux rentes déclarées immeubles, mais qu'elle avait seulement trait aux

deniers , cédules et biens meubles quelconques. Bien entendu aussi que cette faveur n'allait point jusqu'à permettre aux marchands étrangers de recueillir des legs (1).

On peut dire qu'au moyen âge , sauf trois ou quatre grandes villes dans toute la France , l'activité commerciale était concentrée dans les foires : ce n'était que dans les foires que les marchands étrangers trouvaient le placement de leurs marchandises. Aussi les privilèges en faveur des marchands étrangers n'existaient-ils alors que pour ceux qui fréquentaient les foires ; nous avons même une ordonnance de Louis X, par laquelle il défend aux marchands italiens , qui seuls pendant longtemps se hasardèrent à venir en France faire le commerce, d'avoir des comptoirs ailleurs que dans les quatre villes de Paris , de Saint-Omer, de Nîmes et de La Rochelle : partout ailleurs, il ne leur était permis de vendre et d'acheter que dans le temps des foires. Ce n'est guère qu'au seizième siècle que la jurisprudence étendit à tous les marchands étrangers ces privilèges qui n'avaient d'abord été concédés qu'en faveur des foires ou de certaines localités : nous avons un arrêt, du 27

(1) Boërius, *Décis.* 13.

juin 1579, qui porte que « Le droit d'aubaine n'a
« lieu ès biens meubles de tout marchand étran-
« ger qui est venu en France pour y trafiquer et y
« est décédé. »

Déjà avant cette époque, il y avait certains étran-
gers que la faveur du commerce, jointe à des con-
sidérations de diverses natures, avait fait exempter
d'une manière plus ou moins complète des ri-
guez ordinaires du droit d'aubaine. Par une
Ordonnance de 1364, Charles V avait accordé de
très-grands privilèges à tous les marchands cas-
tillans qui viendraient trafiquer dans le royaume;
il avait notamment déclaré qu'au cas de mort de
ces marchands le roi, ses gens ou officiers, ou au-
tres, ne pourraient réclamer de *droit d'espave*.
Nous avons du même roi Charles V des lettres
très-curieuses, datées de 1378, par lesquelles il
permet à quelques étrangers de demeurer pendant
six ans dans les villes d'Amiens, d'Abbeville et de
Meaux, pour y faire le commerce *et y prêter de*
l'argent: il leur accorde à cet effet certains privi-
lèges, particulièrement dans l'art. 21, qu'il n'est
peut-être pas tout à fait inutile de rapporter ici:
« Se eulx et aucun d'eulx aloient de vie à trespas-
« sement en nostre royaume, que leurs héritiers

« puissent à eulx succéder en tous leurs biens ,
« comme font nos autres subgès ; et se par testa-
« ment ou derrenière volenté ils ont disposé et or-
« dené de leurs biens, que leur diete ordenance
« soit gardée et tenue et que les exécuteurs puissent
« prendre et avoir leurs biens pour leur diz tes-
« taments ou derrenière volenté acomplir, sans ce
« que par noz gens ou officiers ou autres quelcon-
« ques les diz marchands et leurs héritiers puis-
« sent en aucune manière estre empeschiez en la
« perception et usage des diz biens » (1).

Mais, comme nous l'avons annoncé, c'est à Louis XI qu'était réservée la gloire de faire en faveur du commerce la plus large brèche au droit d'aubaine. C'est surtout au commerce maritime que ce grand prince s'attacha à donner de l'activité, en traitant de la manière la plus libérale à peu près tous les étrangers qui à cette époque dirigeaient vers nos ports leurs navires chargés des produits de leur pays ou des contrées les plus lointaines. Ainsi, par des lettres de février 1461, il exempte « à tous
« jours perpétuellement du droit d'aubaine et du
« droit de naufrage les marchands des nations de
« Brabant, Flandres, Hollande et Zellande, qui

(1) *Ordonnances du Louvre*, t. 6, p. 338.

« de tout temps et d'ancienneté, eulx et leurs pré-
« décesseurs, ont accoustumé de venir, tant par
« mer que autrement, en ce royaume et fréquen-
« ter pour le fait de leur marchandise en plusieurs
« parties d'icelluy, et tant en les villes de la Ro-
« chelle et de Bourdeaux que ailleurs. » De même,
par une Ordonnance d'avril 1464, Louis XI octroie
aux marchands de la Hanse Teutonique la faculté
de disposer de leurs biens en France et d'apporter
librement dans le royaume toute espèce de denrées
et de marchandises; le texte de cette Ordonnance
nous fait voir que ces marchands venaient surtout
à la Rochelle, « qui est l'un des principaulx havres
« d'icelluy nostre royaume et où ont accoustumé
« d'affluer grant quantité de marchans estrangiers,
« denrées et marchandises, ayant grandement esté
« augmentez et jusqu'aux dernières guerres et di-
« visions qui ont eu cours en nostredit royaume.»
Les mêmes privilèges en faveur des marchands
de la Hanse Teutonique furent confirmés par une
déclaration de Henri II, du 20 janvier 1552.

On s'étonnera peut-être que les Anglais, qui de
bonne heure se sont fait remarquer par leur goût
pour le commerce et pour les expéditions mariti-
mes, n'aient pas participé à cette faveur que la

sagesse de nos rois accordait à tout ce qui était commerçant. Mais cette circonstance s'explique par les guerres acharnées qui ont si longtemps existé entre la France et l'Angleterre. Ce ne fut qu'en 1606 qu'un traité de commerce intervint entre les deux nations, par lequel il fut permis aux marchands de chacune de transmettre librement à leurs héritiers, en cas de décès hors de leur pays, leurs meubles, obligations et autres effets mobiliers; ce traité fut renouvelé plusieurs fois, et en dernier lieu en 1655. — Déjà avant cette époque, par une déclaration de Henri II, d'octobre 1554, les marchands écossais trafiquant dans le royaume avaient été exemptés de tous droits, subsides et impôts.

45. C'est encore à la faveur du commerce et à l'affluence de jour en jour croissante des étrangers qui venaient s'y livrer sur divers points de notre territoire qu'il faut attribuer l'établissement d'une institution qui se rattache intimement à l'histoire des améliorations successives qu'a reçues la position des aubains. Il y a toujours eu, à toutes les époques où après de violentes secousses il a été permis aux hommes de se livrer au commerce à l'étranger, de ces usages généraux qui font de la

loi commerciale une loi universelle ; mais comme dans chaque pays les lois de police ne sont pas identiques , comme ceux qui viennent dans un pays étranger en connaissent rarement l'administration, dès les temps les plus reculés on a trouvé qu'il devenait essentiel pour ces personnes de se donner des protecteurs et des magistrats.

Chez les peuples les plus anciens , entre autres chez les Égyptiens et chez les Grecs , nous trouvons des institutions qui sont l'ébauche des consulats tels que nous les voyons établis aujourd'hui. De même dans les temps modernes , dès que le commerce , et surtout le commerce maritime , eut rassemblé dans quelques localités un grand nombre d'étrangers , ceux-ci , à la fois pour conserver mieux leur langue et leurs habitudes et pour se donner un protecteur , s'accoutumèrent à élire dans leur sein un magistrat particulier. Ces juges spéciaux , qui connaissaient des affaires des marchands de leur nation , s'appelèrent de très-bonne heure *consuls* en France , en Italie et en Espagne , c'est-à-dire dans les pays où la langue et les institutions romaines s'étaient conservées ; les Saxons et les Bataves , qui au moyen âge formèrent assez souvent dans notre pays des espèces de colonies mar-

chandes, se firent également assurer des juges de leur choix sous un autre nom.

En ce qui touche les temps modernes, c'est au moment des Croisades que nous trouvons les premiers développements, ou du moins la première organisation permanente de cette institution, d'abord dans le royaume de Jérusalem et dans la principauté d'Antioche, et puis dans la plupart des états européens. — Sans doute voici un texte qui nous reporte bien au delà de cette époque, et que l'on a quelquefois considéré comme le plus ancien monument et le premier indice dans les temps modernes de la juridiction accordée aux consuls sur leurs nationaux en pays étranger; c'est un chapitre de la loi des Wisigoths, qui est ainsi conçu : « *Dùm transmarini negotiatores inter se causam habuerint, nullus de sedibus nostris eos audire præsumat; nisi tantummodo suis legibus audiantur apud telonarios suos* » (1). Mais, comme jusque vers le onzième siècle le commerce disparut presque complètement, étouffé sous les invasions barbares et sous l'asservissement des peuples, il est bien permis de dire que l'établissement des consulats en France ne remonte véritablement pas

(1) *Lex Wisigoth.*, lib. 11, tit. 3, cap. 2.

au delà de la grande révolution qui vint restaurer le commerce, par suite de la formation des républiques italiennes, par suite de la création des foires françaises, par suite enfin du mouvement religieux qui entraîna vers l'Orient l'Europe tout entière.

Dans l'origine, c'étaient les maîtres et patrons des navires étrangers qui choisissaient leurs consuls. Ils les prenaient indifféremment parmi les marchands établis dans chaque lieu où ils faisaient leur principal commerce, et ils les chargeaient de les aider de leurs conseils et de leur crédit, de leur procurer la vente des marchandises qu'ils apportaient et l'achat de celles dont ils avaient besoin pour leur retour, enfin de les défendre des avanies qui pourraient leur être faites dans le pays. Tant que les consuls furent nommés de cette manière, ils pouvaient être révoqués avec autant de facilité; mais bientôt ces consuls, pour se maintenir dans un poste dont les embarras étaient compensés par une large rétribution, prirent l'habitude de se pourvoir par-devant leurs souverains, et depuis lors ce sont les gouvernements eux-mêmes qui ont nommé des consuls pour venir en France, comme dans les autres pays, protéger leurs sujets.

Du reste , à l'époque dont nous parlons et jusqu'à un temps assez rapproché de nous, les étrangers ont souvent eu beaucoup de peine à obtenir de notre gouvernement le droit d'avoir des consuls chez nous : ce n'était pas qu'on craignît un grand empiétement sur la juridiction française ; mais c'est qu'en autorisant une nation à avoir un consul en France on renonçait par là même aux droits d'aubaine et de naufrage vis-à-vis des commerçants appartenant à cette nation. *Vice versâ*, nous voyons que presque toujours, lorsqu'on voulait affranchir les navigateurs appartenant à tel peuple du droit de naufrage et du droit d'aubaine, c'était au moyen d'un traité de commerce ; et alors, comme sanction de l'observation de ce traité, on leur permettait d'avoir des consuls pour veiller à la conservation des droits qu'on leur accordait. Ce n'est qu'à dater de l'abolition complète du droit de naufrage, en 1543, et à mesure qu'un assez grand nombre de traités de commerce furent conclus avec les puissances étrangères, que celles-ci obtinrent plus facilement d'avoir des consuls en France.

Mais, même lorsque ce changement se fut opéré dans les dispositions de notre gouvernement, on

a toujours tenu dans notre ancienne jurisprudence qu'il fallait une convention expresse pour donner aux étrangers la faculté d'avoir des consuls dans notre pays. De plus, nul ne pouvait exercer les fonctions de consul sur la nomination de son souverain, qu'il n'en eût obtenu la permission du roi de France par des lettres d'*exequatur*; c'est là une règle qui était observée partout, ainsi que nous l'apprend Casaregis : « *Nullam possunt exercere jurisdictionem* , nous dit cet auteur, *nisi accedat consensus principis illius loci in quo ipsi residere debent* » (1). Le consul, avant d'entrer en fonctions, devait en outre prendre l'attache de l'amiral, et faire enregistrer le tout au greffe de l'amirauté.

Les privilèges et les fonctions des consuls dépendaient d'abord des traités, et en deuxième lieu de l'usage général auquel des traités particuliers n'avaient pas dérogé. Ordinairement, le consul avait toute juridiction, tant en matière civile qu'en matière criminelle, sur tous ses nationaux qui se trouvaient dans le ressort de son consulat, ce qui emportait en même temps l'exercice de la police et de la discipline sur eux. Ses nationaux étaient en général obligés de reconnaître sa juri-

(1) *Disc.* 175, n° 33.

diction et de se soumettre à ses décisions sauf l'appel, sans pouvoir réclamer la justice du pays, parce que leur souverain leur avait donné pour juge le consul, avec défense d'en reconnaître d'autres. Sans doute le consul ne pouvait pas faire mettre ses ordonnances à exécution contre les réfractaires, parce qu'il n'avait pas en général le pouvoir coactif ; mais ces réfractaires n'en étaient pas moins liés d'après la loi de leur pays. Maintenant, si à ce droit de juridiction se trouvait réuni dans la main du consul, par une stipulation formelle, l'exercice extérieur, alors la voie de la contrainte pouvait suppléer au défaut de soumission ; mais cet exercice extérieur dépendait uniquement des capitulations faites avec le roi de France, parce qu'il a toujours été de principe que chaque souverain a droit d'empêcher dans ses états toute exécution forcée d'ordres émanés d'une juridiction étrangère, et qu'il faut une convention bien expresse au contraire pour qu'il soit considéré comme ayant renoncé à ce droit. Il paraît cependant que de tout temps il a été de droit commun dans la chrétienté, indépendamment de tout traité particulier, qu'en matière de discussions relatives aux salaires et conditions d'engagement des gens de mer, ainsi

que pour tous différends survenus entre les gens de l'équipage ou entre eux et leur capitaine, la décision du consul devait avoir l'exécution parée dans le pays même où elle était rendue.

Quant à la position des étrangers vis-à-vis de leurs consuls, nous pouvons citer ici la disposition d'un traité célèbre. L'art. 19 du traité conclu en 1657 entre l'Espagne et l'Angleterre, rendu commun avec la France par l'art. 6 du traité des Pyrénées, décide que les sujets de l'une de ces puissances, commerçant dans les états de l'autre, ne pourront, pour les discussions qui s'élèveront entre eux, réclamer la justice du pays sous quelque prétexte que ce soit : l'accommodement de leurs différends appartiendra au consul ; et, si quelqu'un ne veut pas se soumettre à son arbitrage, il pourra seulement appeler de sa décision à la justice ordinaire du pays où il est né. Les juges français devaient donc se garder dans tous les cas de prendre connaissance des différends et des démêlés qui s'élevaient entre les sujets du gouvernement qui avait un consul chez nous : ils devaient les renvoyer devant leur consul pour leur être fait droit. Et ce n'étaient point seulement les matières sommaires qui étaient ainsi de la compétence exclusive des

consuls : un arrêt du parlement d'Aix, du 22 avril 1742, renvoya une affaire de compte par-devant le consul d'Espagne. Mais, bien entendu, la juridiction du consul ne s'étendait jamais aux différends que pouvaient avoir ses nationaux avec des Français.

Il y avait encore certains droits qu'un consentement unanime des gouvernements reconnaissait dans chaque consul, ou plutôt dans le chapelain du consulat : tel était le droit de constater la naissance, le mariage et le décès des individus de sa nation. De même, en cas de mort d'un de ses nationaux, en l'absence du droit d'aubaine, le consul au nom des héritiers absents pouvait faire inventaire et prendre toutes les mesures conservatoires.

Nous devons enfin remarquer que les consuls eux-mêmes en France étaient justiciables de nos tribunaux, *quand ils faisaient commerce*, pour les engagements contractés à raison de leur commerce. Et, la condamnation étant par corps, ils pouvaient être constitués prisonniers à défaut de paiement. Ils ne pouvaient en pareil cas exciper du privilège du consulat. C'est une réserve que nos rois ne manquaient jamais de faire dans les lettres d'*exequatur*.

46. A côté des exceptions au droit d'aubaine qu'avait fait établir la faveur du commerce, viennent naturellement se placer celles qui avaient été introduites en faveur de l'industrie, pour faire prospérer certaines manufactures, etc.

Lorsque nos rois fondaient des établissements où ils se proposaient d'introduire une industrie étrangère, afin d'y attirer les étrangers, ils leur donnaient différents privilèges, parmi lesquels figurait au premier rang l'exemption du droit d'aubaine. Lorsque Henri IV, en janvier 1607, établit des manufactures de tapisseries de Flandre, il anoblit les directeurs et leur postérité, et déclara naturels et regnicoles tous les étrangers qui viendraient y travailler, sans qu'ils fussent tenus de prendre lettres et de payer finance. En novembre 1667, un édit portant établissement d'une manufacture royale des immeubles de la couronne en l'hôtel des Gobelins déclare qu'on devra *tenir pour vrais et naturels sujets* tous ceux qui y auront travaillé pendant dix ans. D'après un arrêt du conseil, du 15 juillet 1722, relatif à la manufacture de tapisseries de Beauvais, on réputait également regnicoles et naturels français après dix ans de travail les ouvriers étrangers qui y étaient employés, pourvu qu'ils fussent ca-

tholiques. Enfin des lettres qui se trouvent au Code Henri (1) avaient affranchi de l'aubaine les étrangers qui venaient en France pour travailler aux manufactures de soie.

Au nombre des encouragements nombreux que nos rois donnèrent à l'industrie au préjudice de leur droit d'aubaine, il y en a un que nous rapporterons encore, quoique ce ne soit qu'une faveur en quelque sorte individuelle. Vers la fin du quinzième siècle, deux bourgeois de Mayence, « ayant occupé « grant partie de leur temps à l'industrie, art et « usage de l'impression d'écriture », avaient donné commission à un de leurs compatriotes de s'en aller à Paris avec des livres imprimés pour les vendre ; celui-ci étant venu à mourir en France, le fisc, en vertu du droit d'aubaine, s'empessa de saisir et de faire vendre les livres. Mais dès que Louis XI eut connaissance de l'affaire, il fit sur-le-champ parvenir aux deux imprimeurs le prix de la vente.

Une lettre du roi, du 10 octobre 1552, et un édit de 1607 enregistré au Parlement de Normandie, exemptèrent du droit d'aubaine tous les étrangers employés au desséchement des marais, au dé-

(1) Liv. 6, t. 4.

frichement des terres incultes et aux travaux des mines. Mais il paraît que cette exemption devait s'entendre seulement en ce sens que les étrangers dont il s'agit devenaient capables de tester et de transmettre leur succession : sous tous autres rapports, leur condition était celle des étrangers ordinaires.

D'après un édit d'avril 1687, tous étrangers qui avaient servi comme gens de mer pendant cinq ans sur les vaisseaux du roi étaient considérés comme Français. Il en est de même encore de nos jours en Angleterre, où l'on n'admet cependant aucune naturalisation proprement dite.

François I^{er}, par une ordonnance du 13 février 1554, avait déjà accordé la même faveur à tous les militaires indistinctement ; mais cette ordonnance, n'ayant point été enregistrée dans les Parlements, ne fut point appliquée. Elle ne fut renouvelée que par Louis XV, en 1715, en faveur des gens de guerre catholiques qui auraient servi pendant dix ans dans ses armées, à charge par eux de faire au greffe du présidial de leur résidence une déclaration qu'ils entendent toujours demeurer, vivre et mourir dans le royaume. Jusqu'à cette époque, comme le dit Bourjon, les étrangers qui

servaient dans les troupes du roi vivaient comme sujets français, mais ils mouraient comme tous autres étrangers, et par conséquent incapables de transmettre leur succession; c'est aussi ce qu'attestent Lemaître et Bacquet.

D'après Lebret (1) et Choppin (2), les écoliers qui venaient de pays étranger étudier, d'abord dans l'Université de Paris, et ensuite dans toute Université française, étaient exempts du droit d'aubaine pendant le cours et en considération de leurs études; c'est ce que dit aussi Rebuffe, dans son curieux traité *De scholasticorum privilegiis*. Mais la question était controversée, et Bacquet estimait que les écoliers devaient être soumis au droit d'aubaine. En effet, disait-il, tous les privilèges octroyés aux Universités concernent la personne et les biens des écoliers pendant leur vie seulement; or le droit d'aubaine s'exerce à la mort. Ce qu'il y a de plus remarquable dans cette controverse, c'est que personne ne s'occupe d'une ordonnance de Louis X, de 1315, que nous avons déjà citée, et qui décide formellement que les écoliers étrangers sont exempts de tout droit d'aubaine. — Du reste,

(1) *De la souveraineté du roi*, liv. 2, chap. 11.

(2) *Du domaine*, liv. 1, tit. 11.

de l'aveu de tout le monde, ces écoliers étrangers n'étaient point sujets au droit de représailles, et n'étaient point obligés de se retirer du royaume en temps de guerre.

Pour l'avantage et le progrès de la religion, nos rois avaient très-anciennement accordé aux Bénédictins anglais l'exemption du droit d'aubaine, en sorte qu'ils pussent posséder des bénéfices en France pour le succès de leur mission. Ce privilège fut expressément renouvelé par une déclaration du 22 août 1736.

Enfin des considérations financières avaient apporté une restriction au droit d'aubaine en faveur de certains objets. Lorsque, pressés par des besoins pécuniaires, nos rois avaient recours à des emprunts et créaient des rentes perpétuelles ou viagères, ils permettaient aux étrangers d'en acquérir et de les transmettre à leur gré. Ainsi, dès l'an 1586, Henri III, par un édit du mois de mai, exempta du droit d'aubaine les étrangers qui achèteraient des rentes sur l'État. Par l'art. 4 de la déclaration du roi du 19 juin 1720, il fut permis aux étrangers d'acquérir des rentes sur l'Hôtel de ville de Paris, créées par édit du même mois, avec faculté d'en disposer et de les transmettre *ab intes-*

tat à leurs héritiers, même étrangers et non résident en France. Par l'édit du mois d'août suivant, portant création de rentes sur les recettes des finances, tailles, etc., il fut pareillement permis aux étrangers de recueillir ces rentes et d'en disposer. De même les lettres patentes du 9 août 1723 permettent au clergé d'emprunter de l'argent des étrangers, et à ceux-ci de disposer des rentes constituées par le clergé, ou qu'ils acquerraient sur le clergé, soit entre-vifs soit par testament, et de transmettre lesdites rentes à leurs héritiers, encore que ces donataires, légataires ou héritiers fussent étrangers et non regnicoles. Enfin le même privilège était attaché à plusieurs autres espèces de rentes : ainsi, pour ne citer que les plus importantes, aux rentes à 4 0/0 sur la ville de Paris, aux rentes sur les États de Bretagne, etc.

47. La bienveillance de nos rois pour certains lieux, et d'autres circonstances encore, furent cause que des villes, et même des provinces entières, furent ouvertes aux étrangers, de manière qu'ils pussent y participer à tous les bienfaits du droit civil.

D'abord, souvent dans les villes que nos rois, à partir du douzième siècle, affranchirent et élevèrent au rang de bourgeoisies ou de communes, les

étrangers n'étaient point soumis au droit d'aubaine. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, nous voyons que Charles V, confirmant par une Charte de 1364 un accord fait sur différents points entre le roi et les seigneurs qui avaient haute justice dans la ville de Châlons-sur-Marne, déclare que « toutes personnes appelées vulgairement *aubains* et *aubaines* et *espaves*, de quelque part venant, tant comme elles demourront en la ville, ès bans et forbours de Chaalons, seront franchises et tenues pour franchises de toutes servitudes quelconques que elles soient ou fussent envers nous. »

Il y avait aussi des provinces dans lesquelles, indépendamment même de toute exemption positive octroyée par nos rois, le droit d'aubaine ne put jamais être exercé, parce qu'il était contraire aux traditions et aux lois qu'on y avait toujours suivies : je veux parler du Languedoc et même de tous les pays de droit écrit.

J'ai déjà essayé de prouver que dans ces provinces, où les mœurs germaniques, et avec elles le système féodal, et par conséquent la servitude ou mainmorte, n'avaient jamais pu prendre racine, la condition civile des étrangers ne se distingua en rien de celle des nationaux jusqu'au moment où le

droit romain des glossateurs envahit toutes les cours de justice. A dater de cette époque, les étrangers, dans toute la France et même dans le Midi, d'après la jurisprudence, durent, à beaucoup d'égards, se contenter des droits que les anciennes lois romaines qualifiaient de *jura gentium*; et de plus, à mesure que toutes les provinces méridionales furent immédiatement soumises au roi de France, les gens du roi, invoquant l'unité du royaume, (laquelle en fait n'existait cependant presque sous aucun rapport), élevèrent la prétention de percevoir dans le Midi le même droit d'aubaine qu'ils percevaient dans le Nord.

Mais les vieilles habitudes des peuples ne peuvent pas être ainsi détruites et changées en un jour par la volonté arbitraire et fiscale du souverain. Les habitants du Midi sentirent que c'était leur ruine qu'on allait leur apporter en dégoûtant les étrangers de venir comme autrefois dans leurs cités : leurs énergiques réclamations furent comprises par Louis XI, et des lettres en bonne forme vinrent réprimer, mais seulement pour quelque temps, le zèle des officiers du domaine. Voici la teneur même de ces lettres de Louis XI, données à Dieppe, en juillet 1475, et enregistrées au Parlement de Tou-

louse : « Sur l'umble supplication des gens des
« trois estaz de notre pays de Languedoc, nous
« avons ordonné que les estrangiers puissent, et
« leur voise, tester, ordonner et disposer de leurs
« biens, meubles et immeubles, par testament et
« autrement, ainsy qu'il leur plaira ; et avecques
« ce, leurs enfants masles et femelles et autres
« leurs héritiers qui sont à présent et seront cy-
« après demeurans en nostredict pays de Langue-
« doc, et les enfants de leursdits enfants descen-
« dans d'eux en directe ligne et loyal mariage non
« natifz et demourans en nostre dict pays de Lan-
« guedoc, puissent d'ores en avant perpétuellement
« succéder auxdits estrangiers et aux descendans
« d'eux, et appréhender leurs successions et biens,
« tout ainsy qu'ils fairoient et faire pourroient si
« iceux estrangiers estoient natifz de nostre royau-
« me, sans que eux ne aucun d'eux soient pour ce
« tenus payer à nous ne aux nostres aucune finan-
« ce. » — Ces lettres de Louis XI furent confirmées
par Charles VIII, en 1483 ; cette confirmation était
rendue nécessaire par le principe qu'avait introduit
la servilité des légistes, à savoir que l'abandon du
droit d'aubaine ne peut obliger personnellement
que le roi qui l'a consenti, mais non ses successeurs.

Caseneuve, qui rapporte ces lettres de Louis XI et de Charles VIII, dans son *Traité du franc-allevu* (1), a bien soin de remarquer qu'elles contiennent moins un privilège qu'une reconnaissance pure et simple du droit qui avait toujours régi le Languedoc.

Maynard, dans ses *Notables et singulières questions de droict escrit*, parle en ces termes de ce droit que suivait le Languedoc : « Tout estranger venant
« habiter à Tholose, et vivant chrestiennement et
« catholiquement, est réputé estre appelé comme
« de la grâce de Dieu, et peut disposer librement
« de ses biens au profit de qui lui plaira, voire
« d'un incogneu, sans pouvoir estre retiré ni em-
« pesché de ce faire par le droict d'aubayne prac-
« tiqué en France, et qui n'a lieu en Languedoc
« et moins en l'adite ville de Tholose : les Tholo-
« sains en outre ayans lettres royaux et patentes ez
« archifs de leur maison de ville, qu'ils appellent
« *commune*, et au *livre blanc* d'iceux. Par lesquelles
« le roy Louis XI a plain certifie des choses susdi-
« des, icelles publiées en parlement à Tholose le
« 16 août 1476, confirmées et ratifiées par le roy
« Charles VIII. Par autres lettres, publiées le 6 de
« juillet 1484, auroit déclaré, *par édit perpétuel et*

(1) Liv. 1, chap. 16.

« *irrévocable*, ledit droict d'aubayne n'avoir lieu
« dans Tholose ny en tout le pays de Languedoc,
« et que tous forains et estrangers, de quelque
« part qu'ils soient nays et venus, résidans et ar-
« rêtez ès dits lieux de Tholose et autres villes et
« endroits dudit Languedoc, estoient habiles à *ac-*
« *quérir*, disposer et ordonner de leurs biens à
« leurs plaisir et volonté, tant entre-vifs qu'à cause
« de mort, de même sorte et manière qu'ils fe-
« roient s'ils étoient nayz audict pays et estoient
« réputés et tenus pour vrays originaires et regni-
« coles... Et ainsi en a été jugé et dit par arrest de
« nostre Cour ès derniers temps contre le procu-
« reur-général du roy, en 1580 ; et auparavant et
« depuis y auroit eu plusieurs préjugées de la
« même cour à ce principalement ou incidem-
« ment conformes. Et de même furent habilitéz
« les susdits à tenir offices et bénéfices, comme
« chose dépendante ou conséquente desdites habili-
« tations et de ce que tous lesdits estrangers sont
« reputéz pour regnicoles, à ladite charge de vivre
« chrestienement : d'où s'ensuit que les Juifs n'y
« sont compris, comme contraires au christianisme,
« et en eux résidans à Tholose et ailleurs audict
« pays de Languedoc a lieu le droit d'aubayne, par

« lequel le roy leur succède universellement en-
« core qu'ils eussent enfans nayz et qui fussent
« regnicoles. »

Voici encore un passage du Commentaire de Gui Coquille sur la Coutume de Nivernais, que je ne puis résister à l'envie de transcrire, parce qu'il vient confirmer quelques-unes des idées que j'ai précédemment émises et qu'il nous fait connaître de la manière la plus claire et la plus nette l'opinion qui était encore généralement admise sur la condition des aubains à l'époque où écrivait l'auteur : « Aucunes villes de ce royaume ont lettres
« de privilège général, par lesquelles les étrangers
« y venant demeurer sont naturalisés, leur est
« permis d'*acquérir* biens en ce royaume et en
« disposer par testament, et leurs parents peuvent
« leur succéder sous la modification susdite,
« pourvu que ceux qui veulent succéder soient
« regnicoles : ces villes sont Lyon, Tholose et Bor-
« deaux. Aucunes Coutumes disent que l'aubain
« estranger peut bien disposer entre vifs, mais
« non pour cause de mort, sinon modérément
« pour ses exeques et frais funéraires ; et je crois
« que c'est règle générale, en tant qu'on estime
« que les aubains estrangers ne sont vrais pro-

« propriétaires des biens qu'ils ont à tous effets, ainsi
« qu'on dit des personnes de conditions serviles,
« qui au préjudice de la mainmorte qui peut ad-
« venir par leur deceds à leur seigneur ne peu-
« vent disposer par testament, sinon pour les
« frais funéraires : car tels aubains, n'ayant pas la
« communion de nostre droit civil français, n'ont
« pas droit de retenir en pleine liberté les biens
« qu'ils ont acquis en France » (1).

De l'aveu de Boërius et de Choppin, les provinces tout entières de Guyenne et de Provence jouissaient du même bienfait : le droit d'aubaine y était inconnu. Spécialement, le port et le havre de Marseille, par un édit de Louis XIV de 1669, furent déclarés libres à tous étrangers, de manière qu'on n'y pût percevoir aucun droit d'aubaine.

Il y a ici une remarque importante à faire. Sous la jurisprudence des Parlements, dire que le droit d'aubaine n'avait point lieu dans les pays de droit écrit, en général et sauf ce que rapporte Maynard dans le passage précité, ce n'était point dire que les étrangers y étaient de plein droit exactement dans la même condition que s'ils eussent obtenu des lettres de naturalité individuelles : c'était seu-

(1) Gui Coquille, sur l'art. 24 du chapitre *Des successions*.

lement dire qu'à leur mort le roi ne s'emparait pas de leur succession au préjudice de leurs héritiers français, ou tout au plus qu'ils pouvaient transmettre et recueillir par voie de succession. Tel paraît du moins être le système auquel s'était arrêtée la jurisprudence. Et en effet, nous voyons que, toutes les fois qu'une exemption du droit d'aubaine était reconnue exister, on ne manquait pas d'interpréter l'expression *droit d'aubaine* dans le sens le plus étroit possible. Ainsi presque toutes les incapacités et les obligations particulières que nous avons vues constituer la condition civile des étrangers en général, existaient encore contre eux dans le Midi : le roi, de qui étaient censées émaner toutes les exemptions du droit d'aubaine, était toujours réputé avoir voulu faire grâce aux aubains de l'espèce de confiscation qu'il avait coutume d'exercer à leur mort, mais non pas avoir voulu déroger aux règles établies contre les étrangers dans l'intérêt immédiat de ses sujets. En conséquence, partout en France, sauf disposition expresse à ce contraire, les aubains étaient astreints à donner la caution appelée *judicatum solvi*, ils étaient soumis à la contrainte par corps pour l'exécution de toute condamnation, même civile, prononcée contre eux, ils

étaient privés du bénéfice honteux de la cession de biens. C'est ce qui est prouvé notamment par deux arrêts du Parlement de Grenoble, l'un du 5 mai 1649, l'autre plus ancien dont nous ignorons la date précise (1). D'un autre côté, nous avons un arrêt du même parlement, du 11 juillet 1622, qui décide qu'un étranger *habet testamenti factionem passivam* et peut en conséquence être institué héritier.

Indépendamment de ces portions du territoire français, dans lesquelles le droit d'aubaine ne s'exerçait point, soit en vertu d'une clause expresse de la Charte des communes soit en vertu d'anciennes Coutumes confirmées par nos rois, il y avait encore, en dehors de ces deux catégories, des villes ou des provinces dans lesquelles tous les étrangers ou certains étrangers pouvaient librement disposer de leurs biens. Ainsi la ville de Calais avait obtenu à différentes époques de plusieurs de nos rois, notamment de Charles IX en 1567, et de Henri IV en 1599, des lettres portant exemption du droit d'aubaine pour les étrangers qui viendraient s'y établir; seulement, les Anglais restaient soumis à la règle générale, ils étaient expressément exclus du privi-

(1) Brodeau sur Louet, au titre *De l'aubaine*.

lège dont nous parlons. — La ville de Metz (d'après l'art. 3 de la Coutume, au titre *de l'État et condition des personnes*), était dans une position aussi favorable. Il ne paraît pas qu'aucun roi lui ait jamais reconnu ce privilège ; mais il fut sanctionné par un arrêt du Parlement du 9 avril 1689, rendu sur le plaidoyer du substitut du procureur général, qui explique fort au long les titres sur lesquels était fondée cette prérogative de sa ville (1). — Ce que nous disons de la ville de Metz, il faut le dire de la province entière d'Artois, dont la Coutume porte, à l'art. 40 : « En Artois on n'use point d'aubaine. » — La ville de Longwic fondait une prétention semblable sur des lettres patentes de décembre 1684, et la ville de Dunkerque sur un édit de 1662 : dans ces deux villes, lorsqu'il s'agissait de marchands étrangers qui venaient y trafiquer et s'y établir, soit pour un temps, soit pour toujours, le privilège était si étendu, que les étrangers de cette espèce étaient sous tous les rapports assimilés aux sujets du roi. — Enfin, dès l'an 1362, par un édit du 26 février, l'exemption de l'aubaine avait été accordée à tous étrangers membres du chapitre de Reims.

(1) *Journal des audiences*, t. 5, liv. 5, ch. 11.

48. Après avoir montré que le droit d'aubaine ne s'exerçait point dans toute la France et que dans une partie considérable du royaume la condition civile de l'étranger se rapprochait beaucoup de celle du Français, nous devons nous occuper des personnes qui, quoique originaires de pays non dépendants en réalité du roi de France, n'étaient cependant pas traitées comme aubaines dans les pays qui reconnaissent sa souveraineté. Plusieurs causes pouvaient amener ce résultat ; en d'autres termes, il y avait plusieurs catégories de nations dont les membres n'étaient pas réputés étrangers en France.

D'abord, en général on ne considérait et on ne traitait comme véritablement aubains que les individus originaires de pays qui à aucune époque et sous aucun rapport n'avaient été soumis au roi de France ; mais il faut reconnaître qu'il y a eu quelquefois des controverses à cet égard sur la question de savoir si par exemple la personne née dans une province qui relevait autrefois de la couronne de France et qui actuellement en fait en était indépendante, si cette personne devait ou non être traitée comme étrangère. On pense bien que la justice ou l'humanité n'était pas ce qui pouvait mettre fin à ces controverses, et que personne ne

songeait même à invoquer de pareilles raisons de décider. Ce qui faisait naître la difficulté, c'est qu'il y avait ici deux intérêts contraires de la Couronne qui se trouvaient en présence : d'une part, plus on reconnaissait d'étrangers, plus le droit d'aubaine apportait de richesses dans la caisse du fisc ; mais d'autre part aussi, n'était-il pas à craindre que, en traitant comme étrangers les individus nés dans des provinces sur lesquelles le roi de France prétendait avoir toujours conservé son droit de souveraineté, on ne donnât des armes aux princes actuellement en possession de ces provinces pour le moment où l'on viendrait leur réclamer une souveraineté à laquelle, par le fait même de la perception du droit d'aubaine, on semblerait avoir volontairement renoncé ? En définitive, le droit de souveraineté sur certaines provinces ne pouvant absolument pas se concilier avec l'exercice du droit d'aubaine sur les personnes originaires de ces provinces, forcé de choisir entre ces deux droits, on renonçait au moins important afin de ne pas se créer des obstacles dans la réclamation de l'autre. Comme il arriva cependant quelquefois, par suite du zèle irréfléchi des légistes et des agents du fisc, que des personnes de cette condition furent jugées

étrangères et déclarées en conséquence atteintes de telle ou telle incapacité, soumises à telle ou telle obligation, voici au moyen de quel raisonnement *ingénieux* Bacquet prévient, dans l'intérêt du Trésor, la conclusion qu'on aurait pu tirer de ces décisions : « Ces personnes, dit-il, ne sont pas réellement des aubains, car elles ne sont pas nées en pays étranger; mais pour les punir de ne pas obéir au roi de France, il est juste et on fait très-bien de les réputer aubains et de les traiter en conséquence. »

Quelles étaient les provinces dont les habitants étaient ainsi regardés ordinairement comme Français, par suite de l'intérêt éventuel du roi de France? D'abord les habitants du comté de Bourgogne, avant la conquête qui a réuni cette province à la France, étaient déjà considérés comme naturels Français : c'est du moins ce que soutiennent Chopin et Bacquet; d'un autre côté, nous avons des lettres de Henri IV, de 1600, qui portent qu'aucun habitant du comté de Bourgogne ne pourra tenir offices ni bénéfices en France sans sa permission. — Il faut en dire autant des Bretons, même tant qu'ils obéissent à des rois ou à des ducs que l'on peut bien qualifier de princes indépendants. Cette dé-

cision est donnée par tous nos anciens auteurs, et notamment par Choppin ; il faut seulement excepter Dumoulin, qui, au chap. 20 de son *Commentaire sur la Coutume de Paris*, soutient que les Bretons étaient sujets à l'aubaine avant l'union de leur province à la couronne. Ce qu'il y a de curieux, c'est que très-anciennement ces mêmes Bretons n'étaient point non plus considérés comme étrangers en Angleterre ; c'est ce que nous atteste le passage suivant d'une loi d'Édouard le Confesseur : « *Britones Armorici, cùm venerint in*
« *regno isto, suscipi debent et protegi sicut probi*
« *cives de corpore regni hujus : exierunt quondam*
« *de sanguine Britonum regni hujus.* »

Les personnes originaires de la Bretagne et de la Franche-Comté étaient celles relativement à la qualité desquelles s'élevait la plus vive controverse. Nous arrivons maintenant à nous occuper de certaines autres classes d'étrangers qui, de l'aveu de tout le monde et en vertu de titres positifs, étaient d'une manière plus ou moins complète assimilés aux Français.

Je citerai d'abord les habitants de la ville et du comté d'Avignon : ils étaient traités comme sujets du roi, quoique le comté d'Avignon fût sous la

souveraineté du pape en vertu d'une vente consentie autrefois par la reine Jeanne de Naples au pape Clément VI. Nous lisons à cet égard dans les *Notables et singulières questions* de Maynard que « Les consuls, manants et habitants de la ville
« d'Avignon prétendent, par aucuns privilèges à
« eux octroyés par les roys de France, singulièrement par lettres patentes du roy Louis XII, du
« 8 mai 1479, estre déclarés naturels regnicoles,
« leur estre permis tenir et posséder en France
« tous biens, tant meubles qu'immeubles, droits,
« noms et actions, en disposer, tenir offices, bénéfices, dignitez. » — En conséquence, l'Université d'Avignon avait la prérogative de n'être point réputée Université étrangère en France.

La Flandre entière dépendait autrefois de la France, et le comte de Flandre rendit hommage au roi jusqu'à la fameuse bataille de Pavie. François I^{er}, prisonnier à Madrid, pour obtenir la liberté, renonça à sa souveraineté sur cette province; mais les Flamands, ainsi que les Hollandais, qui relevaient autrefois du comté de Flandre, n'en continuèrent pas moins d'être regardés comme Français en France, d'abord sous la condition d'obtenir des lettres de déclaration, et plus tard à la

charge seulement de prouver qu'ils étaient réellement nés en Flandre. Ainsi Lebret cite un arrêt du Parlement de Paris, de février 1613, qui a jugé qu'un Flamand pouvait en France intenter une demande en retrait lignager.

Au surplus, nous ne pouvons mieux faire que de rapporter ici un passage de Lebret, qui résume tout ce que nous venons de dire : « Ceux-là sont
« exceptés du droit d'aubaine qui sont nés dans
« le pays où les rois de France ont anciennement
« commandé : car, bien que pour céder à la nécessité, qui tient en sa puissance les succès des
« affaires humaines, nous en ayons perdu la possession, néanmoins le droit en est toujours demeuré à la Couronne ; qui ne perd jamais ses
« droits sur les choses qui ont été de son vrai
« domaine, comme sont les pays de Flandre, de
« Tournesis, de Cambresis, qui ont été de toute
« antiquité des fiefs dépendants de la Couronne
« tant en hommage que ressort. Toutefois on tenait ci-devant que cette exemption n'avait lieu
« qu'après qu'on avait obtenu des lettres de déclaration du roi et tandis que les seigneurs qui
« détiennent les terres usurpées sur la couronne
« sont en bonne intelligence avec la France ; mais

« depuis les derniers traités, les lettres de déclara-
« tion ne sont plus nécessaires, il suffit qu'il y
« ait preuve claire et certaine que celui dont il
« est question est originaire de ces pays, comme
« je l'ai vu juger dans le conseil du roy » (1).—
En faveur des habitants de Cambrai, il y avait
en effet des lettres patentes positives, de 1406.
Quant à la ville de Tournai, il est très-curieux de
voir comment Choppin justifie le privilège dont
ses habitants jouissaient en France : « Cette ville,
« dit-il, conquise par Clodion le Chevelu, *le se-*
« *cond roi de France*, (en comptant Pharamond)
« a fait partie de la France jusqu'en 1513, époque
« à laquelle elle fut prise par les Anglais, pour
« passer ensuite entre les mains de Charles-
« Quint : *Quocircà*, ajoute-t-il, *Franciscus I et Hen-*
« *ricus II decreverunt Tornacenses Franciæ domes-*
« *ticos cives.* »

Les Milanais étaient aussi dans la même position, depuis que le duché de Milan était échu à Louis XII par droit successif. De même pour les habitants du duché de Bourgogne et de l'Artois, qui, dit Choppin, *Albinorum incommodo peræquè eximuntur regio edicto Henrici II*. Enfin les per-

(1) *De la souveraineté du roi*, liv. 2, ch. 11.

sonnes originaires des trois villes de Toul, Metz et Verdun, déjà avant que ces villes eussent été cédées à la France par la convention du 7 novembre 1551, étaient regardées en France comme naturels Français.

Il y avait encore d'autres étrangers qui jouissaient en France de privilèges semblables, à raison aussi du pays d'où ils étaient originaires, mais par suite de motifs autres qu'une fiction conforme aux prétentions du roi de France. D'abord les Genevois, en vertu d'un arrêt du conseil et de lettres patentes de 1596 et de lettres confirmatives de juin 1608, étaient capables de transmettre leurs successions à leurs héritiers, testamentaires ou légitimes, et de recueillir les successions de leurs parents, même étrangers.


Dès la fin du quinzième siècle, en septembre 1481, des lettres patentes de Louis XI avaient exempté de l'aubaine les Suisses « qui lors estoient
« et qui ci-après seroient en son service, qui estoient mariés ou habitués, ou se marieroient et
« habitueroient à l'avenir au royaume de France. » Le même privilège était accordé à leurs veuves, pendant leur viduité, et à leurs enfants et héritiers tant qu'ils seraient regnicoles. En 1551, des let-

tres patentes de Henri II confirmèrent ce privilège. Enfin, au rapport de Choppin et de Bourjon, par lettres patentes de 1635 tous les Suisses indistinctement, ou plutôt ceux des cantons catholiques seulement, furent admis à succéder en France.

Les soldats et officiers de la garde du roi, nés en Écosse, obtinrent lettres semblables de Henri II en 1547. Ce privilège fut étendu onze ans plus tard à tous les Écossais, à l'occasion du mariage du Dauphin avec la reine Marie-Stuart ; mais l'arrêt d'enregistrement apporta à cette faveur un tempérament qui mérite d'être rapporté : «.... Pour en
« jouir par les impétrants tant que le royaume
« d'Écosse sera en obéissance, confédération et
« amitié du roi, et à la charge que les sujets du
« roi pourront semblablement jouir de pareils
« droits et privilèges au royaume d'Écosse. » Il paraît que cet état de choses dura jusqu'au moment où le royaume d'Écosse s'absorba dans la monarchie britannique : à dater de ce triomphe de l'ambition anglaise, on ne distingua plus chez nous les Écossais des Anglais.

En 1550, Henri II naturalisa en masse tous les Portugais, marchands ou autres, appelés *nouveaux chrétiens* (Juifs convertis), qui viendraient s'établir

dans son royaume, en sorte que, sans prendre lettres de naturalité, ils y pussent jouir des mêmes droits que s'ils y étaient nés. Suivant Choppin et Bourjon, tous les Portugais en général obtinrent la même faveur; mais cette faveur prétendue, que d'autres auteurs nient avoir jamais existé, était dans tous les cas tombée de bonne heure en désuétude.

Mentionnons en dernier lieu des lettres patentes, données à Marly en juillet 1770, en faveur des sujets de vingt-deux villes impériales. 

Si nous cherchons maintenant à déterminer en peu de mots l'étendue des privilèges que nous venons de voir accordés à certains étrangers à raison du lieu de leur naissance, nous concevrons que des difficultés se soient souvent élevées en cette matière par suite du plus ou moins d'extension que, comme nous l'avons déjà remarqué, on donnait à l'expression *droit d'aubaine*. Il faut d'abord poser en principe que jamais cette exemption de l'aubaine n'allait jusqu'à affranchir celui en faveur de qui elle existait de l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*. En effet l'usage d'assujettir les étrangers en général à cette formalité n'était fondé que sur la facilité qu'ils avaient à rendre

illusoires par leur fuite les jugements prononcés contre eux, vu l'impossibilité pour la justice française d'ordonner efficacement des voies d'exécution au delà des frontières du royaume ; or cette impossibilité subsistait parfaitement vis-à-vis du Flamand ou du Genevois par exemple : car évidemment, une fois le condamné réfugié dans son pays, la force publique en Flandre ou à Genève ne se serait jamais mise en mouvement contre lui sur la réquisition d'un parlement ou même du souverain français. Par le même motif, tous ces étrangers privilégiés demeureraient exclus du bénéfice de cession.

Laissant de côté ces incapacités particulières, qui pesaient en France sur tout étranger non naturalisé, nous pouvons ramener à trois classes distinctes ces privilèges, dont nous venons de faire connaître le sujet et que nous examinons maintenant sous le point de vue de leur objet, de leur compréhension. Quelques-uns de ces privilèges, confondant presque l'étranger avec le sujet du roi, le rendaient capable même de succéder à ses parents français ou de recevoir d'un Français par testament, et de tenir offices et bénéfices en France : tel était le privilège des Avignonnais, tel paraît avoir

été aussi celui des Écossais. Les privilèges de la seconde classe consistaient seulement à rendre l'étranger capable de succéder à son parent étranger, et capable de transmettre à son parent, soit étranger soit Français : c'était là le cas de la plupart des étrangers privilégiés que nous avons indiqués. Enfin les privilèges de la troisième classe étaient ceux qui n'avaient trait qu'aux effets mobiliers, qui n'entamaient en rien le droit d'aubaine quant aux immeubles ; mais cette espèce de privilèges ne s'appliquait pas aux étrangers dont nous nous occupons en ce moment : elle ne résultait guère que des Coutumes et des Ordonnances en faveur des étrangers commerçants, quelquefois aussi des traités avec les gouvernements étrangers.

49. Au moment où la Révolution française vint balayer, en même temps que toutes les institutions vermoulues de l'ancien régime, le droit d'aubaine qui avait vécu à côté d'elles, et que des besoins financiers avaient sans doute plus que toute autre cause contribué à maintenir dans nos lois, ce droit avait été surtout amoindri par suite de conventions et de traités avec les puissances étrangères. Ces traités ne devinrent généralement très-fréquents que depuis Henri IV ; on en cite cepen-

dant quelques-uns qui remontent à une époque plus reculée que le règne de ce monarque.

Il n'entre évidemment pas dans le plan de cet ouvrage de donner ici la nomenclature de tous ces traités, qui, à dater principalement de la fin du seizième siècle, vinrent améliorer d'une manière sensible la condition de presque tous les étrangers en France, en même temps que, par une réciprocité ordinairement stipulée, ils amélioreraient celle des Français en pays étranger. Il suffira de parler de quelques-uns.

Un des premiers qui nous apparaisse dans l'histoire est celui qui fut conclu, au siège d'Amiens, entre Henri IV et les États de Hollande, lequel porte dans son art. 10 que le droit d'aubaine n'aura lieu en tout le pays de Hollande sur les Français, et respectivement en France, à l'égard des Hollandais. Ce traité a été confirmé par plusieurs autres postérieurs.

Beaucoup d'autres traités furent également conclus avec différents souverains pour l'abolition du droit d'aubaine, dans le cours du dix-septième et du dix-huitième siècle. Mais c'est seulement dans les quarante années qui précédèrent la Révolution qu'une foule de conventions de cette espèce vin-

rent faire pour la majeure partie des étrangers, au moins sous le rapport de la successibilité entre étrangers, ce qu'aurait dû faire depuis longtemps déjà, pour tous les étrangers indistinctement et sous d'autres rapports, le progrès de la civilisation et de la morale publique. « Aujourd'hui, lisons-nous dans « un ouvrage qui porte la date de 1782, l'exercice « du droit d'aubaine devient rare : presque tous les « souverains de l'Europe paraissent de concert « pour abolir réciproquement entre eux ce droit « exorbitant, afin de faciliter le commerce respectif et la correspondance mutuelle entre leurs « sujets. » Il suffit en effet, pour justifier cette allégation, de dire que des traités abolitifs du droit d'aubaine avaient été conclus successivement : avec le roi de Sardaigne (en 1760), avec les rois d'Espagne et des Deux-Siciles (en 1762), avec l'impératrice d'Autriche (en 1766), avec le grand-duc de Toscane (en 1768), avec la Suisse et avec le Danemarck (en 1772), avec les Pays-Bas (en 1773), avec la Pologne (en 1777), avec le Portugal et avec les États-Unis de l'Amérique du nord (en 1778) enfin avec la Russie (en 1787).

Il est indispensable de faire sur ces traités et sur leurs effets quelques observations générales.

D'abord on tenait que le privilège plus ou moins étendu qui en résultait cessait en temps de guerre. Dès que la France avait pris les armes contre une nation, il devenait inutile de rechercher si l'on avait conclu en faveur des membres de cette nation un traité abolitif du droit d'aubaine : pendant la guerre, l'existence d'un pareil traité n'avait aucune influence sur leur condition civile. Ces étrangers, dont le seul crime était d'être les sujets naturels d'un souverain qui osait entamer ou soutenir une lutte avec le roi de France, étaient même incapables de plaider par-devant les tribunaux français : on pouvait demander que toute audience leur fût refusée. Ordinairement la déclaration même de guerre donnait aux sujets de la puissance ennemie, qui se trouvaient en France, un délai pour se retirer, et, ce délai une fois expiré, la confiscation de corps et de biens était encourue : notamment en ce qui concerne les rentes, de quelque nature qu'elles fussent, publiques ou privées, de quelque faveur qu'on les eût entourées en les créant, nous voyons qu'en pareil cas l'étranger qui les avait acquises en était brutalement dépouillé, que le roi pouvait en disposer à son gré, et que son donataire ou cessionnaire en recevait très-valablement

le remboursement. Il paraît même que dans notre ancienne jurisprudence on poussait si loin en faveur du fisc l'oubli de toute notion de justice que l'on n'admettait pas les Français, créanciers de cet étranger, à se faire payer de leurs créances sur les biens confisqués; ce n'est qu'à la fin du siècle dernier que nous voyons quelques auteurs s'élever pour la première fois contre cet abus monstrueux, dont les étrangers n'étaient pas les seules victimes.

Pour revenir à l'exemption du droit d'aubaine résultant des traités, nous remarquerons que cette exemption, une fois détruite par la déclaration de guerre, ne renaissait pas de plein droit à la conclusion de la paix. Il fallait, pour la faire renaître, qu'un nouveau traité vint expressément rendre force à l'ancien; et dans ce cas-là même le nouveau traité n'était nullement rétroactif, et ne s'appliquait point aux espèces qui avaient pu se produire dans l'intervalle.

Il est presque inutile de faire remarquer que l'exemption de l'aubaine résultant des traités, de même que celle résultant en faveur de certains peuples des diverses circonstances précédemment indiquées, avait plusieurs degrés, était selon les cas plus ou moins restreinte. Quelquefois le traité

relevait l'étranger de l'incapacité seulement, de transmettre *ab intestat* sa succession, de manière à permettre à ses parents capables, c'est-à-dire Français, de la recueillir, clause que l'on n'interprétait jamais comme allant jusqu'à autoriser un étranger à recueillir. D'autres fois le traité accordait aux sujets de la puissance étrangère la faculté à la fois de transmettre et de recueillir la succession *ab intestat* de leurs parents français; dans quelques traités on avait encore ajouté à cela soit simplement la faculté pour l'étranger de disposer par testament ou par donation à cause de mort, soit en même temps la faculté de recevoir par ces actes juridiques. Enfin nous trouvons quelques conventions dans lesquelles l'exemption était bornée à la faculté de transmettre sa succession mobilière.

Quoi qu'il en soit, sans entrer plus avant dans des détails qui sont purement de fait, nous ferons seulement remarquer que la grande règle d'interprétation, en matière d'exemption résultant des traités, consistait uniquement à bien peser toutes les dispositions et toutes les expressions de l'acte. On tenait que toutes les questions que pouvait faire naître le traité devaient se décider d'après ce qu'il renfermait, et que jamais on ne devait cher-

cher en dehors du texte, soit dans les précédents, soit dans les règles spéculatives du droit des gens, des motifs de décider. *Videndum est quid scriptum sit* : c'était là l'unique règle d'interprétation qui, combinée avec le principe que les privilèges ne doivent jamais être étendus, servait à décider toutes les contestations qui s'élevaient sur la question de savoir si tel droit civil appartenait ou non à un étrangèr dont le souverain avait conclu avec le roi de France un traité abolitif de l'aubaine. — C'est notamment en vertu de ce système d'interprétation que l'on décidait que les traités portant ainsi abolition ou restriction du droit d'aubaine n'avaient aucune application dans nos colonies ; et cette conséquence est formellement proclamée dans deux dépêches du ministre de la marine aux conseils de Saint-Domingue et du Cap Français, l'une du 4 janvier 1777 et l'autre du 29 juillet 1779. Du reste, nous pouvons remarquer en passant qu'un édit de juin 1783 prononça l'abolition du droit d'aubaine dans la Guyane française, sans permettre toutefois aux héritiers étrangers d'exporter les esclaves et les autres objets servant à l'exploitation des terres.

Avant de quitter ce qui concerne les traités, nous

devons mentionner une clause qui se retrouve dans tous ceux qui permettaient à un étranger de venir à la succession d'un Français : nous voulons parler de la clause qui soumettait alors l'étranger héritier à payer au fisc un droit de 10, et quelquefois de 20 pour 100, nommé *droit de détraction*. Quelquefois ce droit de détraction existait, même sans distinguer si la succession recueillie par l'étranger provenait d'un Français ou d'un étranger, par cela seul qu'elle consistait en meubles destinés à être exportés.

50. Par suite des différentes causes que nous venons de passer en revue, on comprend qu'à la fin du siècle dernier il n'y avait plus guère dans notre pays d'étrangers à qui s'appliquassent dans toute leur rigueur les règles que nous avons vues suivies dans le moyen âge contre les aubains en général. Les Anglais eux-mêmes, que nous n'avons pu faire rentrer dans aucune des classes de privilégiés que nous avons parcourues, les Anglais dont le nom n'a passé sous nos yeux que pour indiquer une restriction unique aux prérogatives accordées aux étrangers dans la ville de Calais, les Anglais eux-mêmes, malgré la résistance qu'ils ont toujours apportée chez eux au progrès de la législa-

tion, à la chute des vieilles idées en matière civile et judiciaire, spécialement en ce qui touche les étrangers, avaient obtenu de la générosité de nos rois dans le dix-huitième siècle un adoucissement au droit d'aubaine.

Il paraît que dès l'année 1606 un traité conclu entre Henri IV et Élisabeth permettait, dans son art. 20, aux marchands anglais de disposer librement de leurs meubles en France. Cette faveur fut confirmée par plusieurs autres traités ; mais il paraît qu'à la fin de ce dix-septième siècle le droit commun avait repris son empire. Cependant un nouveau traité, conclu à Utrecht en 1713, accorda encore le même privilège à tous les Anglais indistinctement ; mais ce traité, n'ayant pas été suivi d'une Déclaration conforme enregistrée au Parlement, rencontra des difficultés dans son application.

Depuis cette époque, comme la bonne harmonie régna rarement entre les rois de France et d'Angleterre, la voie des traités se trouvait fermée. Alors, au lieu d'un contrat synallagmatique, on peut dire qu'un acte à titre gratuit intervint de la part de Louis XV, en faveur des Anglais, et pour ainsi dire malgré eux. Une déclaration du 19 juillet 1739 abolit définitivement, dans l'intérêt des

Anglais résidant en France, le droit d'aubaine quant aux meubles, et permit que leurs successions mobilières pussent passer à leurs héritiers.

Mettant de côté toute considération étroite, ne cherchant, en dépit de la mauvaise volonté des Anglais eux-mêmes et de leur jalousie du nom français, qu'à substituer les principes de la justice et d'une sage politique à de vieilles traditions égoïstes et fiscales, c'est l'infortuné Louis XVI qui, par un des derniers actes de son gouvernement, devait enfin accorder même aux Anglais la plus complète et la plus libérale exemption de l'aubaine. Voici ce que contenaient en substance les lettres patentes du 18 janvier 1787, qui furent enregistrées au Parlement de Paris et au Parlement de Grenoble :

« Il est permis à tout Anglais sans distinction, qui voyage ou qui réside en France, de léguer ou de donner tous les biens qu'il possède en France (art. 2). — Au cas où cet Anglais viendrait à mourir *intestat*, ses héritiers légitimes recueilleront sa succession, quand même ils voudraient transporter les biens ou leur valeur hors du royaume (art. 3). — Toute contestation qui s'élèvera sur la validité d'un testament ou de toute autre disposition émanée d'un Anglais sera décidée par le juge compé-

tent du lieu de l'ouverture de la succession, conformément aux lois du lieu où la disposition aura été faite (art. 5). — Au cas où la qualité d'héritier serait contestée à un Anglais, le procès sera jugé conformément aux lois anglaises si la succession est mobilière, conformément aux lois de la situation si la succession est immobilière (art. 6). — Les Anglais pourront acquérir des immeubles en France, à la charge de se conformer aux lois françaises par rapport à la possession de ces biens (art. 7). — Les Anglais sont habiles à recueillir, soit en vertu d'un testament soit *ab intestat*, les biens de nos sujets qui doivent leur appartenir suivant les Coutumes du lieu de l'ouverture de la succession (art. 8). — Il ne sera perçu, ni par le roi ni par les seigneurs hauts justiciers, aucun droit sur la succession des Anglais décédés en France; mais quand il s'agira d'héritiers anglais venant à la succession d'un Français, il sera perçu, soit par le roi soit par le seigneur haut justicier, une retenue de 10 pour 100 à titre de denier de détraction » (art. 9 et 10).

51. Pour terminer ce qui concerne les diverses restrictions qu'on avait apportées au droit d'aubaine, je dois dire quelques mots de la condition civile, d'après notre ancienne jurisprudence, d'une

classe particulière d'étrangers qui était entourée d'une protection spéciale. Je veux parler des ambassadeurs et autres agents diplomatiques.

On a toujours considéré les ambassadeurs comme revêtus d'un tel caractère que leur personne devait être sainte et inviolable ; et il y a des exemples notables de peuples , même barbares , qui ont reconnu et fait respecter cette inviolabilité. Ce caractère sacré des ambassadeurs est en effet la suite naturelle et nécessaire de leur qualité de représentants de leur nation ; et dans tous les temps , lorsque deux nations ont traité par ambassadeurs , elles ont constamment fait aux envoyés l'une de l'autre une position tout à fait différente de celle des simples étrangers. La loi des Burgondes assure déjà des privilèges particuliers aux ambassadeurs étrangers. Voici une de ces prérogatives spéciales , qui mérite d'être rapportée parce qu'elle fournit une peinture curieuse des mœurs du temps : « *De*
« *legatis extranearum gentium, id volumus custodiri*
« *ut, ubicumque eos mansio contulerit, unum porcum*
« *præsumendi habeant facultatem ; et qui fieri pro-*
« *hibuerit vi sol. mulctæ nomine cogatur exsol-*
« *vere* » (1).

(1) *Lex Burgund.*, tit. 38.

Maintenant, jusqu'où doivent s'étendre ces privilèges de l'ambassadeur, qui découlent de son caractère même ? Voilà une question qui a été de bonne heure débattue, et sur laquelle encore aujourd'hui il y a plusieurs opinions, parce qu'il y a bien des précédents opposés.

Dans notre ancienne jurisprudence, l'exemption du droit d'aubaine (en prenant cette expression dans le sens restreint, qui était le plus ordinairement employé) était-elle au nombre des privilèges accordés aux ambassadeurs ? Du temps de Bacquet, nous voyons qu'il y avait encore divergence d'opinions à cet égard. Pour soutenir la négative, on faisait le même raisonnement que nous avons vu produit contre les écoliers étrangers : les privilèges et les immunités que le droit des gens ordonne d'accorder aux ambassadeurs, disait-on, ne concernent que leurs personnes et leurs biens pendant leur vie, pendant qu'ils représentent l'État qui les envoie et qui leur communique son indépendance ; mais dès qu'ils sont morts, le droit d'aubaine doit frapper leurs biens, tout au moins au préjudice de leurs héritiers ou de leurs légataires étrangers, parce que ceux-ci ont en eux-mêmes une incapacité de recueillir. Pour corroborer ce raisonnement, les

partisans de cette opinion rigoureuse alléguaient encore les lois romaines, qui, disaient-ils, portent que les ambassadeurs ne peuvent acquérir *in eâ provinciâ in quâ legatione funguntur*. On ne voulait pas s'apercevoir d'abord que les *legati* dont il s'agit dans cette loi romaine étaient tout autre chose que les ambassadeurs d'une nation étrangère ; et en deuxième lieu que, s'il fallait absolument appliquer le droit romain , on devait du moins l'appliquer tout entier et ne pas permettre du tout à l'ambassadeur d'acheter des biens en France, plutôt que de lui permettre d'en acheter pour les lui enlever ensuite à sa mort. Quoi qu'il en soit, l'opinion contraire avait fini par prévaloir, mais avec une distinction : on admettait que les ambassadeurs des puissances étrangères étaient exempts du droit d'aubaine , seulement en ce qui concerne les meubles ; quant aux immeubles et quant aux rentes constituées qu'un ambassadeur possédait en France , la jurisprudence décidait que le droit d'aubaine devait s'appliquer. C'est ce qui fut jugé notamment, par un arrêt du 14 janvier 1747, contre les héritiers du résident anglais à Paris. Au fond, cette distinction n'était que le corollaire de la fiction en vertu de laquelle l'ambassadeur était

toujours censé continuer de résider dans son pays. — On admettait généralement aussi que les privilèges de l'ambassadeur n'allaient point jusqu'à lui permettre de recueillir un legs : car, disait-on, pour avoir la capacité, soit active soit passive, du testament, il ne suffit pas d'être libre, il faut de plus être citoyen. Du reste, pour ne pas mettre l'ambassadeur dans une position pire que le simple étranger, on accordait que le roi pouvait, par une faveur expresse, l'exempter entièrement de tout effet du droit d'aubaine.

La fiction de l'exterritorialité, qui, quoiqu'elle n'ait été formulée qu'à une époque assez récente, a cependant été admise en fait de très-bonne heure dans notre pays au profit des ambassadeurs étrangers, cette fiction produisait encore d'autres conséquences, en vertu desquelles l'ambassadeur sous plusieurs rapports se trouvait en meilleure position que les étrangers ordinaires. Bynkershoëk, dans son curieux traité *De foro competente legatorum*, nous fournit la preuve qu'il y a bien long temps qu'a prévalu la doctrine qui déclare les ministres publics indépendants des tribunaux et des officiers établis dans le pays où ils remplissent leurs fonctions. En effet, comme dit Vattel, il est aisé de

comprendre qu'une indépendance complète doit être l'un des privilèges de l'ambassadeur : sans elle , sa sûreté ne sera que précaire ; on pourra l'inquiéter, le persécuter sous mille prétextes. Il importe qu'il n'ait point de juges à redouter, qu'il ne puisse être distrait de ses fonctions par aucune chicane ; il faut , pour assurer le succès de son ministère , qu'il soit indépendant de l'autorité et de la juridiction du pays , tant pour le civil que pour le criminel. L'ambassadeur peut souvent déplaire, parce qu'il parle pour un État, pour une personne autonome : alors on pourrait lui imputer des crimes s'il pouvait être poursuivi pour des crimes , on pourrait lui supposer des dettes s'il pouvait être contraint à venir devant les tribunaux répondre de ses engagements.

En présence de ces idées si simples et d'une vérité si incontestable , nous aurions peine à comprendre qu'on n'ait pas admis de tout temps que les ambassadeurs étrangers ne peuvent pas plus être traduits devant nos tribunaux civils que devant nos tribunaux criminels , si nous ne savions qu'ici encore le droit romain fournit quelques textes qui montrent qu'en certains cas le *legatus* pouvait être poursuivi soit par une action civile soit

par une action criminelle : voilà probablement la seule raison qui a longtemps fait hésiter la jurisprudence, surtout en matière civile. — Quoi qu'il en soit, lorsque dans le siècle dernier les Parlements examinèrent la question, il y eut une décision célèbre, qui a servi de fondement à tout ce qui s'est fait depuis. En 1729, l'envoyé du duc de Lorraine avait été assigné en son hôtel à Paris, à la requête d'une personne qui se prétendait seule appelée à une succession dont cet envoyé s'était mis en possession du chef de sa femme : par arrêt du 20 juin rendu sur les conclusions conformes du ministère public, l'assignation fut déclarée nulle, avec interdiction de l'huissier qui l'avait donnée. Mais cet arrêt sanctionnait en même temps une distinction très-importante et tout à fait conforme à la nature des choses : il distinguait les questions de droits réels et les questions de dettes. Lorsque la matière est réelle, il n'y a évidemment que le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux qui soit compétent et qui puisse faire respecter sa décision : si donc l'ambassadeur étranger est propriétaire ou possesseur d'un immeuble situé en France, sous aucun prétexte il ne peut éviter la règle constante qui veut que la loi française et la juridiction fran-

çaise aient seules le droit de statuer sur tout ce qui dépend du territoire français ; d'ailleurs, que cet ambassadeur obtienne ou non gain de cause, son caractère n'en éprouve aucune atteinte. Aussi dans l'espèce de 1729 voyons-nous qu'il était bien entendu que, si l'exploit d'assignation eût été donné par l'intermédiaire du procureur général, d'après la règle ordinaire suivie à l'égard de l'étranger non résidant en France, la justice française eût été considérée comme valablement saisie.

Quant aux questions de dettes, de droits personnels, on reconnaissait que l'ambassadeur devait en fait être indépendant de la juridiction française. Le motif, c'est que, le droit des gens ne permettant pas de saisir les biens de l'ambassadeur, ni à plus forte raison d'emprisonner sa personne, le jugement obtenu contre lui à fin de paiement serait tout à fait illusoire. C'est ce qu'enseigne Grotius (1), et la jurisprudence a toujours marché dans cette voie. — Du reste, il n'y a jamais eu de doute qu'on ne pût saisir les immeubles possédés en France par l'ambassadeur, sauf bien entendu le cas où il serait propriétaire de l'hôtel même occupé par lui. En général, c'est bien assez qu'on

(1) Liv. 2, ch. 18.

feigne en faveur de l'ambassadeur qu'il n'est pas sorti de son pays, non plus que les effets mobiliers à son usage qui sont nécessaires pour qu'il puisse convenablement remplir ses fonctions : évidemment, fût-il réellement chez lui, les immeubles qu'il a en France pourraient très-bien être saisis. On ne violait donc nullement le principe de l'exterritorialité de l'ambassadeur lorsqu'on déclarait ses immeubles saisissables. Mais il va sans dire qu'une pareille saisie était un *ultimum subsidium* auquel on n'a pas souvent eu recours, parce que dans les cas ordinaires le gouvernement même de l'ambassadeur aurait toujours tenu à honneur de désintéresser les créanciers.

Si, d'après ce que nous venons de voir, l'ambassadeur ne pouvait être contraint de défendre à une action personnelle devant un tribunal français, comme les privilèges qu'on lui accordait ne devaient pas être rétorqués contre lui, on admettait que de son côté il pouvait très-bien poursuivre un Français par-devant un tribunal de France. Seulement, au cas où il usait de cette faculté, outre qu'il pouvait d'abord être contraint de fournir la caution dite *judicatum solvi*, il s'exposait encore à se voir dans la nécessité de défendre lui-même

à une action personnelle : c'est ce qui arrivait d'abord si, étant débouté de sa demande et condamné aux dépens, il attendait qu'on l'assignât en liquidation de ces dépens, ou bien encore si ayant triomphé en première instance il était assigné en appel, ou bien enfin si à sa demande originale on répondait par une demande reconventionnelle. Dans ces trois cas, il s'était lui-même rendu non recevable à opposer l'incompétence du tribunal français, et il devait supporter toutes les conséquences de son propre fait. Aussi les publicistes enseignaient-ils généralement, en présence de ce résultat possible, que l'ambassadeur, qui n'aurait pas pu sans la permission de son souverain renoncer à ses privilèges en défendant à une action personnelle, devant un tribunal français, avait également besoin de cette permission pour diriger lui-même une demande devant la justice française.

La fiction de l'extraterritorialité faisait encore accorder à l'ambassadeur l'exemption de certaines charges ou contributions, qui pesaient en général sur l'aubain aussi bien que sur le Français. Ainsi, en vertu de cette fiction, l'ambassadeur devait être, et était en effet, complètement affranchi de

toute imposition personnelle ; il y a même un arrêt du conseil, du 17 décembre 1722, qui déclare expressément que les ministres des princes étrangers sont exempts de la capitation. Au contraire le ministre étranger qui avait en France une propriété immobilière n'était point, par suite de son caractère représentatif, dispensé de payer la contribution foncière ou réelle : en effet il était vrai de dire autrefois, comme il est encore vrai de le dire aujourd'hui, que c'est le sol lui-même, indépendamment de la qualité du propriétaire, qui paye cette sorte de contribution. De même, l'ambassadeur était soumis, comme tous les habitants en général, aux droits royaux ou municipaux imposés sur les consommations : ces objets en effet n'entrent dans la circulation que frappés et imprégnés d'une certaine taxe. Du reste, à leur arrivée en France et à leur départ, les ambassadeurs obtenaient ordinairement un passe-port avec lequel leurs meubles et effets pouvaient entrer ou sortir librement.

Il nous reste à dire un mot de ce qu'on appelait *la franchise de l'hôtel de l'ambassadeur*. Cette franchise était une conséquence directe du principe qui rendait l'ambassadeur indépendant de la juri-

diction et de l'autorité du gouvernement français. Soit que le gouvernement de l'ambassadeur fût propriétaire de l'hôtel occupé par celui-ci, soit qu'il l'eût simplement loué, on considérait en principe cet hôtel comme une sorte de portion de territoire étranger enclavée dans le territoire français. Mais du reste, cela n'était parfaitement vrai qu'en ce sens que les autorités françaises n'avaient pas le droit d'envahir et de visiter cet hôtel ; à tous autres égards on appliquait le vieil adage *Quidquid est in territorio etiam est de territorio*.

L'inviolabilité de l'ambassadeur, qui consistait principalement dans les différentes règles que nous venons de parcourir, a toujours été regardée comme commune, non-seulement à la famille de l'ambassadeur et à tous les officiers attachés à l'ambassade, mais même à tous les étrangers de la suite de l'ambassadeur. On était même généralement d'accord pour déclarer exempts de la juridiction française les Français entrés au service de l'ambassadeur étranger.

Nous verrons dans le chapitre suivant que les mêmes règles qui existaient anciennement sont encore admises aujourd'hui en faveur des ambassadeurs.

CHAPITRE IV.

Aperçu des dispositions législatives qui ont successivement réglé la condition civile des étrangers depuis la Révolution de 1789 jusqu'à nos jours.

Première période. — République française.

52. Lorsque, vers la fin du siècle dernier, la France, sortant tout à coup de l'engourdissement dont si longtemps elle était restée atteinte, désireuse d'en finir avec les lettres de cachet et avec les procédures secrètes, sentant de plus en plus vivement l'absence d'un droit public, c'est-à-dire d'une garantie véritable contre les volontés arbitraires du pouvoir, appliquant enfin sa volonté irrésistible à retirer des débris de la féodalité sous lesquels il était étouffé le principe de l'égalité civile, lorsque la France eut renversé dans l'espace de quelques jours la Bastille et tous les restes de servitude qui pesaient encore soit sur le sol soit sur les personnes, un des effets immédiats de cette grande révolution fut de mettre la puissance législative aux mains d'hommes nourris des préceptes

de la philosophie nouvelle, empressés de remplacer par leurs brillantes spéculations et par leurs maximes philanthropiques les institutions vermoulues, exclusivement monarchiques ou aristocratiques, que depuis quelque temps déjà ils avaient osé faire publiquement comparaître au tribunal du libre examen et de la raison.

Ouvrons les annales de l'Assemblée constituante : ses travaux, ce sont de véritables traités politiques ou philosophiques, formulés en décrets, mais qui de leur forme primitive ont gardé ce luxe d'arguments et de considérations théoriques qui est peu conforme au véritable caractère des lois positives.

On conçoit dès lors que le droit d'aubaine, avec tout ce cortège d'incapacités qui en définitive avaient surtout pour destination de le garantir au profit du fisc, ne pouvait pas trouver grâce devant une assemblée de philosophes révolutionnaires, pour qui l'ancienneté d'une institution était bien loin d'être une preuve de sa bonté, pour qui les enseignements de la raison pure étaient la seule source où le législateur dût puiser. Et en effet la philanthropie de cette grande assemblée n'était point exclusive et restreinte aux *républicoles*, comme on parlait alors : elle s'étendait à tous les hommes

sans distinction, quelle que fût leur origine ou leur patrie ; après avoir brisé entre Français le privilège du noble vis-à-vis du roturier, elle tendait à briser entre tous les hommes le privilège du Français vis-à-vis de l'étranger. C'était le temps où ces sentiments, généreux jusqu'à l'exaltation, faisaient admettre chaque jour à la barre de l'Assemblée des députations costumées de tous les peuples de l'univers, et où le Prussien Anacharsis Chlootz, l'orateur du genre humain, venait pompeusement haranguer au milieu de leurs séances les représentants de la nation.

Des considérations d'un autre ordre se joignaient encore à ces idées de justice spéculative et de fraternité universelle pour faire prononcer définitivement par l'Assemblée constituante, au profit de tous les étrangers sans distinction, une émancipation qui, comme nous l'avons vu, depuis quelque temps déjà et en vertu de différentes causes, existait pour presque tous. M. Necker avait vivement signalé en 1787 combien était mince le profit que l'on retirait immédiatement du droit d'aubaine, combien ce profit était peu de chose en comparaison des avantages même purement matériels que l'exercice de ce droit inique empêchait de se

produire. D'ailleurs, à une époque où les vérités économiques commençaient à se faire jour, l'Assemblée constituante, qui fit tant pour l'industrie, qui lui donna en quelque sorte cet élan auquel nous devons déjà de si merveilleux résultats, ne pouvait pas raisonnablement conserver le droit d'aubaine, c'est-à-dire un obstacle énorme aux progrès du commerce et de l'industrie.

En résumé, voici un article de la constitution de 1793 (1) qui nous révèle avec une grande énergie quelles idées fermentaient au sein des premières assemblées de la Révolution : « Tout étranger, « âgé de vingt-un ans accomplis, qui est domicilié « en France depuis une année, y vit de son travail, « ou acquiert une propriété, ou épouse une Française, ou adopte un enfant, ou nourrit un vieillard ; — tout étranger enfin qui sera jugé par le corps législatif avoir bien mérité de l'humanité, — est admis à l'exercice des droits de citoyen français. »

53. En conséquence de ces principes intronisés par la Révolution, le 6 août 1790, fut décrétée une loi présentée par Barère et dont voici le texte :

(1) On sait que cette constitution, première œuvre de la Convention nationale, n'a jamais été mise en activité.

« L'Assemblée nationale, considérant que le
« droit d'aubaine est contraire aux principes de
« fraternité qui doivent lier tous les hommes,
« quels que soient leur pays et leur gouvernement;
« que ce droit, établi dans des temps barbares,
« doit être proscrit chez un peuple qui a fondé sa
« constitution sur les droits de l'homme et du
« citoyen, et que la France libre doit ouvrir son
« sein à tous les peuples de la terre, en les invitant
« à jouir sous un gouvernement libre des droits
« sacrés et inviolables de l'humanité, a décrété :

« LE DROIT D'AUBAINE ET CELUI DE DÉTRACTION
« SONT ABOLIS POUR TOUJOURS. »

Malgré la généralité des maximes proclamées dans le préambule de ce décret, il semble bien que ce qui était supprimé par là, c'était le droit d'aubaine dans le sens le plus restreint, ce qui parmi les anciennes incapacités de l'aubain était le plus fameux et le moins susceptible de résister à une discussion rationnelle, c'est-à-dire le droit du fisc de venir à la succession des biens laissés en France par les étrangers ou, en d'autres termes, l'incapacité des étrangers de transmettre leur succession à tous autres qu'à leurs enfants français. Ainsi, en présence de l'acception la plus vulgaire

des mots *Droit d'aubaine* dans la jurisprudence antérieure, il faut dire que le législateur n'allait pas encore jusqu'à permettre qu'un étranger pût recueillir *mortis causâ* des biens situés en France; à plus forte raison, le législateur ne ramenait-il pas l'étranger à la condition du Français sous le rapport de la contrainte par corps, de la cession de biens, du droit de paraître librement en justice comme demandeur, etc.

Quoi qu'il en soit, le décret du 8 avril 1791 vient faire cesser tous les doutes et déterminer d'une manière précise quels droits privés on voulait accorder aux étrangers. Et, ce qui confirme encore l'interprétation du décret de 1790 que je présentais tout à l'heure, c'est que dans celui de 1791 on n'emploie plus le mot *droit d'aubaine*; mais on accorde aux étrangers une série de droits civils que jusqu'alors la simple abolition de l'aubaine en faveur de telle ou telle classe d'étrangers n'avait jamais eu pour effet de conférer. Voici en effet ce que nous lisons dans l'art. 3 de ce décret :
« Les étrangers, quoique établis hors du royaume,
« sont capables de recueillir en France les succes-
« sions de leurs parents, *même français* ; ils pour-
« ront de même recevoir et disposer par tous les

« moyens qui seront autorisés par la loi. » — La question s'est élevée sur cette disposition de savoir si elle pouvait être invoquée même par les étrangers avec le gouvernement desquels la France était en guerre. Pour la négative, on se fondait sur l'art. 59 de la fameuse loi du 17 nivôse an II, lequel est ainsi conçu : « Toutes les fois que les dispositions de la présente se trouveraient tourner au profit d'étrangers sujets des puissances avec lesquelles la république est en guerre, elles cessent d'obtenir leur effet, et les dispositions contraires faites en faveur des républicoles alliés ou neutres demeurent en ce cas maintenues. » Mais il fut solennellement reconnu, par arrêt du 3 vendémiaire an X, que le décret de 1791 n'ayant fait aucune distinction entre le temps de paix et le temps de guerre, devait toujours être appliqué, conformément à la règle générale d'après laquelle les lois sont au-dessus des vicissitudes des relations entre gouvernements, et ne peuvent recevoir aucune atteinte des changements survenus dans l'état de ces relations ; quant à l'art. 59 de la loi de nivôse, il fut dit qu'on devait l'entendre en ce sens qu'il refusait seulement aux étrangers en cas de guerre la faculté de participer aux avantages tout à

fait spéciaux résultant de l'effet rétroactif de cette loi.

Cinq jours après le décret de 1791, le 13 avril, l'Assemblée nationale décida que, dans toutes les possessions françaises et même dans les deux Indes, on devait appliquer le décret du 6 août 1790, c'est-à-dire permettre au moins aux étrangers de transmettre leur succession.

Les dispositions généreuses que nous venons de rapporter furent même jugées n'être pas suffisamment garanties par de simples lois, et on voulut qu'elles participassent de l'inviolabilité de la constitution. Nous les retrouvons en effet inscrites dans la constitution de 1791 ou de l'Assemblée constituante (tit. 6) et dans la constitution de 1795 ou de l'an III. L'art. 355 de celle-ci est même encore plus explicite que tout ce que nous avons vu jusqu'ici; il est ainsi conçu : « Les étrangers, établis ou non
« en France, succèdent à leurs parents étrangers
« ou français ; ils peuvent contracter, acquérir et
« recevoir des biens situés en France, et en dispo-
« ser de même que les citoyens français par tous
« les moyens autorisés par les lois. »

54. La révolution française apporta encore, pour quelque temps du moins, un adoucissement

dans la condition civile des étrangers, sous le rapport de la contrainte par corps.

Par la loi du 9 mars 1793, la Convention nationale abolit de la manière la plus absolue, en faveur des étrangers aussi bien qu'en faveur des Français, toute contrainte par corps comme sanction de dettes civiles. Malheureusement, cette mesure, que sollicitaient la raison et l'humanité, eut le tort d'arriver trop brusquement et sans ménagement de l'opinion populaire. Aussi, dès le 24 ventôse an v, voyons-nous le Conseil des anciens, « Considérant qu'il est urgent de rendre aux obligations *entre citoyens* la sûreté et la solidité qui seules peuvent donner au commerce de la République la splendeur et la supériorité qu'il doit avoir », approuver la déclaration suivante du Conseil des cinq-cents :

« Art. 1^{er}. La loi du 9 mars 1793, qui abroge la « contrainte par corps en matière civile, est rapportée.

« Art. 2. Les obligations qui seront contractées « postérieurement à la promulgation de la présente « loi, et pour le défaut d'acquittement desquelles « les lois antérieures prononçaient la contrainte par « corps, y seront assujetties comme par le passé. »

Il est à remarquer que les lois antérieures pronçaient la contrainte par corps, tantôt à raison de la qualité de l'obligation, tantôt à raison de la qualité de la personne obligée ; or notre art. 2 rétablissait ces lois antérieures, seulement en ce qu'elles avaient égard à la nature de l'obligation, et il ne renvoyait nullement à celles de leurs dispositions qui déclaraient telle personne contraignable par corps à raison de sa qualité. En conséquence, on devait décider sous l'empire de cette loi du 24 ventôse an v que la contrainte par corps pouvait atteindre un étranger, mais seulement dans les mêmes cas où elle aurait atteint un Français.

Cette égalité de position juridique entre l'étranger et le Français continua de subsister après la loi du 15 germinal an vi, qui vint régler en détail la matière de la contrainte par corps. Mais, dès le 4 floréal de la même année, nous voyons un nouveau décret poser des principes spéciaux relativement à la contrainte par corps, *pour engagements de commerce entre Français et étrangers*. On a quelquefois prétendu, en se fondant sur le dispositif de ce décret, qu'il s'appliquait au cas de dette civile aussi bien qu'au cas de dette commerciale. Mais il semble bien qu'il n'avait aucune

application aux engagements de pur droit civil, que quant à ceux-là il laissait parfaitement intacte l'assimilation de l'étranger au Français telle qu'elle résultait des lois de l'an v et de l'an vi : c'est ce qui ressort de l'intitulé même de ce décret, et du préambule, où l'on parle seulement des relations commerciales entre Français et étrangers. Voici au reste le texte même de ses dispositions :

« Art. 1^{er}. Tout étranger résidant en France y
« est soumis à la contrainte par corps, pour tous
« engagements qu'il contractera dans toute l'étendue de la République avec des Français, s'il n'y
« possède pas des propriétés foncières ou un établissement de commerce.

« Art. 2. S'il y possède des propriétés foncières
« ou un établissement de commerce, il ne sera
« contraignable par corps pour l'exécution des engagements énoncés au précédent article que dans
« les cas où les Français peuvent être contraints par
« cette voie, pour des stipulations de même nature.

« Art. 3. La contrainte par corps aura lieu contre lui pour tous engagements qu'il contractera
« en pays étranger et dont l'exécution réclamée
« en France emporterait la contrainte par corps
« dans le lieu où ils auront été formés. »

55. En même temps que les premières assemblées législatives de la Révolution associaient les étrangers au bénéfice de presque toutes nos institutions civiles, elles n'allèrent jamais jusqu'à compromettre, par l'excès d'une aveugle générosité, l'ordre public et la sûreté soit de l'État soit des particuliers. Loin de là, elles n'hésitèrent point à prendre à l'égard des étrangers les mesures de précaution rendues véritablement utiles et nécessaires par leur qualité même de membres d'une autre nation.

Ainsi la Révolution ne pouvait pas toucher, et ne toucha pas en effet, à l'incapacité politique des étrangers : la philanthropie en ce point devait céder à la raison et au désir inquiet que l'on avait de ne confier qu'à de bons citoyens une part quelconque de la puissance publique. Aussi voyons-nous les diverses constitutions qui prirent successivement naissance au sein de la Constituante et de la Convention exclure toujours les étrangers non naturalisés de toute participation aux droits politiques, en leur accordant au surplus les plus grandes facilités pour arriver à la qualité de citoyens français, à laquelle seule est et doit être attachée la jouissance de cette nature de droits.

C'est ainsi encore que la constitution de l'Assemblée constituante proclame hautement que les étrangers qui se trouvent en France, quelles que puissent être les règles de droit pénal suivies dans leur pays, sont tenus de se soumettre aux mêmes lois criminelles et de police que les citoyens français, sauf les conventions arrêtées avec les puissances étrangères : — disposition qui, par le sentiment d'une juste réciprocité, amène à l'instant la suivante : « Leur personne , leurs biens, leur industrie, leur culte, sont également protégés par « la loi » (1).

Enfin, c'est également à ces idées d'intérêt public et de police qu'il faut rapporter les dispositions de la loi du 28 vendémiaire an vi, qui sont encore aujourd'hui applicables , et en vertu desquelles les étrangers, qui n'ont pu entrer en France qu'avec la permission (expresse ou tacite) de l'autorité administrative française, sont exposés d'un moment à l'autre à recevoir l'ordre de la même autorité administrative de sortir du territoire français, si leur présence est jugée susceptible de troubler l'ordre et la tranquillité publique.

(1) Constitution de 1791, tit. 6.

Deuxième période. — Consulat et Empire.

56. Lorsque le système républicain fut remplacé dans notre pays par un système en réalité monarchique, déguisé sous le nom de Consulat, on put voir que la préoccupation du nouveau gouvernement et le but constant de ses efforts était, non plus de faire passer dans la pratique et de revêtir du caractère obligatoire de la loi les idées de justice enseignées par la raison pure, mais avant tout et presque exclusivement de fonder sur des bases solides le pouvoir politique, d'assurer au chef de l'État la plus grande part possible d'influence sur la destinée de la France et du monde. Peu soucieux de régler les rapports de l'État avec les particuliers par la considération de l'intérêt bien entendu de ceux-ci, le gouvernement, c'est-à-dire le premier consul, ne s'astreignit pas davantage à régler la condition des étrangers en France d'après les principes de l'équité naturelle, ni même en vue de l'utilité des Français : tout fut sacrifié aux fatales exigences d'une ambition démesurée.

Quel est en effet le caractère général des dispositions, relatives aux étrangers, que le premier consul et son conseil d'État firent entrer de vive

force dans le Code civil, en foulant aux pieds l'article sagement libéral que proposait la commission? Ces dispositions reposent toutes sur un principe qui ne peut logiquement exister qu'à une époque et chez une nation plongées encore dans la barbarie ou sous une monarchie absolue : elles reposent sur le principe que tous nos droits, soit publics soit privés, ne sont autre chose que des concessions bénévoles du prince, concessions que celui-ci, suivant son caprice ou son intérêt personnel ou l'intérêt d'une classe privilégiée par lui, est toujours libre de faire plus ou moins complètes, indépendamment de toute idée de justice. On ne peut guère concevoir que de la part d'un gouvernement de bon plaisir l'idée de subordonner à des considérations de politique extérieure, à des alliances et à des amitiés de souverains, la condition civile d'une classe nombreuse de personnes : jamais un gouvernement national, tel qu'en exige notre civilisation moderne, n'aura la prétention de pouvoir arbitrairement donner ou refuser aux étrangers, suivant l'état des relations diplomatiques, certains avantages qui cessent en réalité de mériter le nom de droits si, fondés sur des faits éminemment variables, ils peuvent être en un in-

stant révoqués, dès qu'une circonstance quelconque vient rompre la bonne harmonie entre deux princes!

C'est pourtant comme conséquence de ce principe d'un autre âge que le législateur du Code civil, posant la règle générale de l'art. 11 (sauf à la limiter ensuite par des dispositions particulières), n'admettait l'étranger à jouir en France que des mêmes droits civils dont des traités conclus par la France assuraient ou assureraient au Français la jouissance dans le pays même de cet étranger. — Tout le sens de cet art. 11 se trouve en réalité dans ces mots « *Par les traités* » : l'article avait évidemment pour but de donner au pouvoir alors en possession chez nous du droit de faire les traités la faculté de régler comme il l'entendrait la condition civile des étrangers en France ; l'article sanctionnait d'avance tous les traités qui viendraient ainsi prendre, relativement aux droits civils des étrangers, des décisions qu'on aurait pu croire être par leur nature même du domaine de la puissance législative proprement dite. Sans doute, lors de la promulgation du titre 1^{er} du Code civil, les traités, aux termes de l'art. 50 de la Constitution, devaient être discutés et décrétés comme des lois ; mais cela n'autoriserait vraiment pas à dire que

voir dans l'art. 11 la pensée du premier consul de se ménager un instrument d'une grande force vis-à-vis des puissances étrangères, c'est prêter au rédacteur souverain de cet article une intention qu'il ne pouvait légalement espérer réaliser : cette objection, qu'on pourrait faire et qu'on a faite, n'aurait de force qu'autant que nous ne saurions pas à quoi nous en tenir sur le degré de résistance que rencontreraient les volontés du futur empereur de la part des assemblées délibérantes de cette époque, qu'autant que nous pourrions supposer qu'il s'imaginât lui-même avoir quelque chose à craindre de ce côté.

Gardons-nous au surplus d'exagérer la sévérité du système consacré par le Code civil. L'art. 11 n'était qu'une pierre d'attente : il fut écrit dans la loi avant qu'on sût bien précisément quelle en serait la portée, dans quelles limites on en restreindrait l'application. C'est seulement à mesure qu'on s'occupa ensuite des diverses natures de droits, des diverses manières dont on les acquiert et des moyens que l'on a pour les faire respecter, que l'on énuméra tous les cas où, sous l'un ou l'autre de ces rapports, il y aurait lieu d'appliquer le principe de l'art. 11. Il me semble en effet évident

que cet art. 11 ne doit point être regardé comme réglant encore d'une manière générale la condition des étrangers, en dehors des dispositions particulières de nos lois qui sur tel ou tel point déterminé déclarent l'étranger incapable ou le soumettent à certaines gênes spéciales. En d'autres termes, je pense qu'il faut dire que les dispositions particulières des art. 16, 726 et 912 du Code civil, 905 du Code de procédure, ainsi que celles de la loi sur la contrainte par corps, sont tout à fait limitatives : en sorte que l'art. 11 n'a d'autre force réelle que d'empêcher, toutes les fois qu'il existe un de ces traités dont il parle, l'application de ces gênes et de ces incapacités.

Il m'est impossible d'admettre, avec la généralité des auteurs modernes qui ont écrit sur la condition des étrangers, que ces dispositions particulières sont simplement des applications de l'art. 11, applications que le législateur a cru utile de faire d'une manière expresse, mais sans entendre en aucune façon limiter par là le principe absolu et général de l'art. 11. Un pareil système, qui en définitive placerait dans une condition plus dure que ce qui existait au moyen âge les étrangers avec la nation desquels il n'existe pas de traités, a d'ail-

leurs pour conséquence immédiate et inévitable d'ouvrir le plus vaste champ à l'arbitraire.

Comment en effet ceux qui interprètent ainsi l'art. 11 réussiront-ils à discerner et à déterminer avec précision les droits *civils* dont il parle ? C'est là une de ces expressions qui, comme l'expression *Droits naturels*, sont excessivement dangereuses, parce qu'elles présentent pour bien peu d'esprits la même idée nette et distincte. Le rédacteur de l'article 11 a-t-il entendu prendre le mot *Droits civils* dans le sens le plus large, et peut-être le plus exact au point de vue de la langue, comme embrassant toutes les facultés reconnues et sanctionnées par la loi positive ? Mais d'abord tel n'a jamais été le sens attaché à cette expression dans notre pratique française. Et d'ailleurs le simple bon sens répugne à une pareille interprétation : jamais il n'a pu entrer dans la pensée d'un législateur, même d'un législateur conquérant, de placer ainsi les étrangers absolument en dehors de la société, de leur refuser toute espèce de droits et de secours juridiques.

Il est bien plus probable que le mot *Droits civils* a été pris avec le sens qui du droit romain avait passé, sans être bien compris, dans notre ancienne jurisprudence, c'est-à-dire avec le sens de

droits directement produits par la législation positive de la France, par opposition aux droits naturels ou droits communs à tous les peuples. Mais, tout en interprétant ainsi ces mots *Droits civils*, je ne puis admettre, ce qui a été aveuglément admis par la plupart des jurisconsultes, que le Code civil refuse de droit commun à l'étranger tous ces droits qui appartiennent en propre à notre loi positive. Plusieurs considérations en effet ne permettent pas de voir dans l'art. 11 une règle tellement absolue et générale qu'elle doive dominer, pour en exclure l'étranger, toutes les facultés qui constituent la vie civile, de manière à le mettre tout d'abord sur la même ligne que le mort civilement et à ne lui abandonner, pour ainsi dire, que les droits nécessaires à la conservation de sa vie naturelle.

La première de ces considérations se tire de ce qui se passa lors de l'élaboration de l'article qui nous occupe. Nous voyons que le Tribunat, lorsqu'on lui eut communiqué le projet de cet article, réclama vivement pour que l'on fît une énumération de tous les droits civils qu'on entendait refuser aux étrangers. Ces observations du Tribunat sont demeurées sans résultats. Il n'en est pas moins

certain qu'elles durent éveiller l'attention des membres du conseil d'État et du corps législatif; et alors le seul motif qu'il soit permis d'assigner à leur silence, c'est la pensée où ils étaient que la suite de leurs travaux viendrait limiter et restreindre à ses véritables termes la portée de la disposition formulée dans l'art. 11. Toute autre interprétation de ce silence, obstinément gardé en présence des réclamations du Tribunal, ferait peser sur eux un trop juste et trop grave reproche de négligence.

En second lieu, celui qui veut interpréter une loi doit avant tout prendre comme constant que le législateur a eu un but dans toutes les dispositions qu'il a écrites, que chaque article sorti de sa plume est destiné à lever le doute qu'on aurait pu avoir relativement à sa volonté sur tel ou tel point. En partant de cette idée qui semble bien incontestable, comment expliquer la présence dans le Code des dispositions particulières contenues aux articles 726, 912, etc.? Faut-il dire que ces articles ne font que confirmer sur tels cas donnés la doctrine de l'art. 11, sans préjudice de l'application de cette doctrine à tous les autres cas de droits *civils*? Non, sans doute: car ce serait au moins pro-

clamer que le législateur en écrivant ces articles a pris une peine tout à fait inutile, qu'en effet dans ces articles il a voulu lever un doute qui en leur absence n'aurait jamais pu venir à l'esprit de personne, par suite de la règle une fois posée dans l'art. 11 et par suite du sens de tout temps attaché dans notre pratique française à l'expression *Droits civils* employée à propos des étrangers.

D'ailleurs examinons un peu attentivement l'article 726 : il applique textuellement l'incapacité générale de l'art. 11 au droit de recueillir, et ne dit pas un mot du droit de transmettre une succession. Peut-on croire que, si la volonté du législateur avait été de frapper l'étranger, par l'application pure et simple de l'art. 11 et conformément à notre ancienne jurisprudence, de l'incapacité de transmettre aussi bien que de l'incapacité de succéder, il s'y serait pris pour manifester cette volonté en rappelant expressément l'une de ces deux incapacités et en gardant le silence sur l'autre ? Peut-il nous être permis de penser qu'un législateur raisonnable, qui veut appliquer la même règle à deux faits distincts, s'avise pour atteindre son but de faire relativement à l'un précisément le contraire de ce qu'il fait relativement à l'autre,

quand au surplus l'incapacité de recueillir pourrait se justifier avec moins de peine que l'incapacité de transmettre ? Assurément s'il est un cas où l'argument *à contrario* puisse être invoqué sans danger, un cas où il apporte invinciblement la conviction et la lumière, c'est celui qui nous occupe. — Et qu'on ne vienne pas dire que, si le législateur ne parle dans l'art. 726 que du droit de succéder, c'est parce que cet article est dans une section où il s'agit seulement des qualités requises pour succéder et nullement des qualités requises pour transmettre ; qu'en réalité l'art. 726 n'a été fait que parce que, pour les besoins de la pratique, on a cru utile de présenter de suite et dans une même section toutes les diverses incapacités de succéder ; que, si le législateur n'a pas parlé de l'incapacité de transmettre, c'est parce qu'il n'a pas jugé utile de faire une section relative aux qualités requises pour pouvoir transmettre et qu'il a regardé comme bien suffisante la règle générale de l'art. 11. Ce raisonnement ne peut soutenir l'examen, car le législateur lui-même s'est chargé de proclamer que sous le Code civil l'étranger n'était point incapable de transmettre sa succession. En effet la loi du 14 avril 1819 a eu pour but, de l'aveu de tout le

monde, d'attirer les étrangers en France et de les engager à y acquérir des propriétés, en les assimilant complètement aux Français, sous plusieurs rapports, notamment sous le rapport des successions. Évidemment, pour arriver à cette assimilation, elle n'avait qu'à effacer ce qui restait à l'étranger d'incapacité sous ce rapport : or, cette loi, que fait-elle ? elle accorde seulement à l'étranger le droit de succéder ; elle ne parle nullement du droit de transmettre, qui est cependant indispensable pour l'accomplissement du but qu'elle se propose ouvertement. C'est, à n'en pas douter, que les rédacteurs de cette loi avaient parfaitement reconnu qu'ils ne pouvaient donner le droit de transmettre, vu qu'il existait déjà ; que sous ce point de vue ils n'avaient rien autre chose à faire qu'à maintenir la législation précédente.

Je viens de parler par anticipation de la loi de 1819 : je voulais seulement constater d'une manière formelle que, dans le système du Code civil, nonobstant les termes généraux de l'art. 11, l'étranger jouissait de plein droit de la faculté de transmettre sa succession, c'est-à-dire d'une faculté que notre ancienne jurisprudence a toujours mise en tête des droits *civils*, et dont l'absence

constituait ce qu'on appelait, *stricto sensu*, le droit d'aubaine. Je crois de même, en présence de la rédaction un peu obscure de l'art. 912 et en me fondant surtout sur la définition générale de l'art. 544, que l'étranger, qui de droit commun était incapable de recevoir, avait au contraire pleine capacité pour disposer soit par testament soit par donation entre-vifs : de sorte que, si cette opinion est exacte, le Code civil, qui sous le rapport de la donation entre-vifs empirait la condition des étrangers, l'améliorait au contraire sous le rapport du testament en leur accordant le droit *civil* de faire des legs.—Quoi qu'il en soit, il existe certainement d'autres droits qui, pour parler le langage si ridiculement emprunté aux lois romaines par nos vieux praticiens, sont bien plutôt des droits civils que des droits naturels, et que cependant le Code civil, on est forcé de le reconnaître, n'a pas refusés à l'étranger. Tels sont : le droit de propriété même immobilière, et par conséquent tous les démembrements de ce droit qui sont admis par la loi française ; le droit de contracter un mariage parfaitement valable et efficace, même avec une personne française ; le droit d'ester en jugement en personne et non par le ministère

d'un curateur, etc. Par des inductions directes des art. 3, 15, 12 et 19, il apparaît clairement que l'étranger peut avoir ces droits indépendamment de tout traité.

En résumé, ce qu'il faut conclure de tout ce que nous venons de voir, c'est que le législateur du Code civil, à moins qu'on n'admette qu'il a voulu confier aux tribunaux le pouvoir de déterminer à leur gré de quels droits en principe l'étranger est incapable en France, a énuméré limitativement ces droits dans les différentes dispositions que nous avons déjà citées, et qui sont relatives à l'incapacité de se porter demandeur en justice sans fournir la caution dite *judicatum solvi*, à l'incapacité de succéder *ab intestat* et de recevoir par donation ou par testament, à l'exclusion du bénéfice de cession judiciaire, enfin à la soumission de plein droit à la contrainte par corps : c'est, en d'autres termes, que, d'après le système du Code civil, l'étranger jouit en France des mêmes droits privés que le Français, à l'exception seulement de ceux qui lui sont refusés nommément et par des dispositions expresses de la loi.

57. Demandons-nous maintenant quel avait été le but dirigeant du législateur de 1804, sur quels

principes et sur quels motifs il avait pu fonder un pareil système.

Le but apparent, celui que nous trouvons proclamé dans les discours que le premier consul fit prononcer au Conseil d'état et devant le corps législatif pour justifier et faire adopter la rédaction qu'il voulait mettre à la place de celle proposée par la commission, ce but, c'était d'arriver le plus sûrement et le plus promptement possible à l'abolition générale du droit d'aubaine en Europe : « Abolir gratuitement et sans réciprocité le droit « d'aubaine et de détraction, disait M. Roederer au « Conseil d'état, c'est détruire pour les autres « Etats tout motif de prononcer la même abolition « en faveur de la France, et autoriser même ceux « qui l'ont déjà prononcée à rétrograder vers la « barbarie. » Il est assurément permis de s'étonner un peu de la nature du moyen que l'on mettait en usage pour parvenir à faire effacer dans tous les Etats de l'Europe les incapacités résultant de la qualité d'étranger; il est permis surtout de douter qu'un législateur vraiment digne de ce nom, vraiment à la hauteur de sa mission et des devoirs qu'elle impose, puisse jamais consacrer dans son code des dispositions qu'il reconnaît ini-

ques et barbares, cette consécration n'eût-elle réellement d'autre but que d'engager les gouvernements étrangers à rompre de plus en plus avec la barbarie, en ne faisant dépendre que de leur bonne volonté et de leur libéralité relativement aux droits des Français l'adoucissement de la condition de leurs propres sujets en France. Si le législateur du Code civil n'eût pas été dominé par une idée d'orgueil, s'il n'eût pas craint avant tout qu'on pût dire qu'il avait fait (comme l'assemblée constituante dans sa *sublime niaiserie*) des avances en pure perte aux souverains de l'Europe, s'il n'eût été animé enfin que de la noble ambition de rendre suivant ses forces les hommes plus heureux et meilleurs, il aurait soigneusement séparé la cause des particuliers que le commerce ou le désir de s'instruire attire de leur pays en France d'avec la cause des gouvernements étrangers ; il aurait pris en considération que beaucoup de ces gouvernements étant encore des gouvernements de privilège, c'est-à-dire étant encore, comme au moyen âge, dépourvus d'une constitution et très-médiocrement dirigés en vue de l'intérêt de leurs sujets, le souverain, en raison même de cette circonstance, serait souvent plus soucieux de s'enrichir

aux dépens des étrangers que d'assurer le bonheur de ses nationaux au dehors.

Quoi qu'il en soit, cette idée que l'on mettait en avant pour légitimer le système de la réciprocité, on cherchait encore à l'étayer par d'autres considérations : « L'intérêt d'attirer en France des « étrangers, disait-on, n'est pas toujours égal dans « toutes les circonstances; en temps de guerre, « non-seulement cet intérêt n'existe pas, mais il « est remplacé par un intérêt contraire. » C'est là un argument qui bouleverse toutes les idées de justice et de droit, un argument qui ne peut être expliqué que par l'époque où il fut produit. Eh quoi ! l'état de guerre est-il donc l'état normal des sociétés, pour que vous fassiez vos lois privées, vos lois de tous les jours, en considération de ce qui arrive pendant la guerre ? Est-ce qu'il serait même besoin de faire des lois pour régler la condition des étrangers, si l'on devait ordinairement être en guerre avec leurs gouvernements ? Est-ce qu'il n'est pas admis qu'en temps de guerre ce qu'on a nommé la *raison de guerre* peut prendre la place de toute autre règle de conduite ? — En vérité, ceux qui produisaient un pareil argument auraient pu avec autant de raison soutenir, par

exemple, que les tribunaux exceptionnels, — auxquels dans les temps de désordres civils le droit de conservation de l'Etat exige que l'on remette une certaine juridiction avec des formes expéditives, et qui par cela même présentent peu de garanties pour les accusés, — que ces tribunaux exceptionnels doivent constamment fonctionner, parce que des troubles et des rébellions survenant, ils se trouveront tout installés et habitués à juger!

Enfin à la suite de cette considération ridicule on ajoutait que le Code civil donnait de grandes facilités à l'étranger pour acquérir la plénitude des droits civils ou privés en France, qu'en conséquence tous les étrangers qui en seraient dignes arriveraient aisément à se voir traités quant à la jouissance de ces droits aussi bien que les Français eux-mêmes. Il y avait là sans doute quelque chose de vrai, ou du moins de spécieux, quelque chose qui a pu décider plus d'un membre du corps législatif à se prêter au système proposé. Cependant il semble en définitive que c'est à la loi et non pas au gouvernement, c'est-à-dire au pouvoir exécutif, qu'il appartient en bonne justice de déterminer quelle est l'étendue des droits qui appartiennent à telle ou telle personne : les agents du pouvoir exécu-

tif, en effet, obéissent, même à leur insu et malgré eux, à trop d'influences opposées au vœu de la justice. D'ailleurs les étrangers, qui ne sont pas familiarisés avec nos lois, ne connaissent guère généralement les formalités moyennant lesquelles ils pourraient être admis à la jouissance de tous nos droits civils : aussi est-il assez rare de rencontrer en France des étrangers dans la position particulière qu'autorise l'art. 13.

58. Après avoir constaté l'établissement par le Code civil d'un système qui, sinon pour tous les droits civils en général, du moins pour quelques droits très-importants, accordait seulement à l'étranger la jouissance des mêmes avantages juridiques qu'un traité garantissait au Français dans le pays de cet étranger, nous devons dès à présent, pour compléter le tableau des principes consacrés par la législation napoléonienne relativement aux droits privés des étrangers, mentionner plusieurs dispositions, sur lesquelles nous reviendrons avec plus de détails quand nous chercherons à établir une théorie générale de la condition des étrangers dans notre droit actuel.

Telle est d'abord la disposition déjà citée de l'article 13, qui accorde la jouissance de tous les droits

civils à l'étranger domicilié en France avec l'autorisation du gouvernement français, tant qu'il continue d'y résider.

Telle est encore la disposition de l'art. 3, laquelle sanctionne de peuple à peuple la célèbre distinction, qui n'existait guère autrefois que de province à province, entre les statuts réels et les statuts personnels; laquelle sanctionne également la distinction, entre les lois de police et de sûreté et celles qu'on peut appeler *lois de droit purement privé*.

Enfin si, des dispositions du Code civil qui déterminent quelle est quant au fond du droit la condition des étrangers, nous passons aux dispositions du même Code, qui règlent l'administration de la justice dans les procès entre un Français et un étranger, nous trouvons les art. 14, 15 et 16, qui peuvent se résumer en ces termes : 1° dérogation dans l'intérêt des Français à la règle *Actor sequitur forum rei*, l'étranger pourra être jugé par les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées avec un Français, soit en France, soit en pays étranger ; — 2° Application formelle de la même règle dans l'intérêt de l'étranger, de sorte que celui-ci puisse poursuivre devant un tribunal

de France le Français qui a contracté une obligation envers lui, même en pays étranger, sauf la nécessité pour ce demandeur de fournir la caution, dite *judicatum solvi*. — Mentionnons ici la disposition de l'art. 69-9° du Code de procédure, qui veut que l'étranger non résidant en France soit assigné au domicile du procureur du roi près le tribunal où sera portée la demande.

Le Code civil n'avait pas de disposition qui refusât expressément le bénéfice de cession judiciaire à l'étranger; mais il laissait subsister les anciens principes, et il y renvoyait même implicitement, en proclamant dans l'art. 1270 que « les créanciers ne peuvent refuser la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi. » Le Code de procédure, dans son art. 905, déclara formellement que les étrangers ne pouvaient être admis au bénéfice de cession; et le Code de commerce de 1808, qui admettait en général au bénéfice de cession le débiteur même commerçant, répéta, dans son art. 575, l'exclusion déjà portée contre l'étranger par le Code de procédure.

Quant à la contrainte par corps, le Code civil (art. 2070), en déclarant qu'il n'était point dérogé aux lois particulières qui autorisent la contrainte

par corps en matière de commerce, déclarait par cela même que les étrangers continueraient d'être soumis au décret du 4 floréal an vi ; mais en matière civile l'art. 2063 avait évidemment pour effet d'assimiler, comme par le passé, les étrangers aux Français sous ce rapport. Cet état de choses ne dura que jusqu'en 1807 : le 10 septembre de cette année, parut une loi qui d'abord rétablit en matière civile la règle, que nous avons vue suivie dans l'ancienne jurisprudence, en vertu de laquelle tout jugement de condamnation intervenu au profit d'un Français contre un étranger emportait la contrainte par corps ; cette loi permit de plus l'arrestation provisoire de l'étranger non domicilié avant tout jugement de condamnation, pour sûreté du paiement de dettes échues ou exigibles, sauf le cas où cet étranger fournissait une caution solvable, ou bien possédait en France soit un établissement de commerce soit des immeubles suffisants. — En lisant les motifs de cette loi exposés au corps législatif par M. Treilhard, on peut se convaincre de la sincérité et de la solidité de l'opinion que cet orateur avait soutenue quelques années auparavant, lorsqu'il s'agissait de faire adopter l'art. 11 du Code civil : ses convictions, il faut en convenir,

paraissent s'être singulièrement modifiées avec les circonstances. Le même orateur qui en 1803 disait qu'il convenait de conserver dans nos lois un reste du droit d'aubaine, parce que les autres nations s'obstinaient de leur côté à le conserver, ce même orateur en 1807 défendait en ces termes la nouvelle loi soumise à l'examen du corps législatif : « Je ne vous dirai pas comme motif de la loi
« que les autres nations exercent la contrainte
« par corps contre le débiteur étranger : si les
« autres nations étaient injustes, le peuple fran-
« çais s'empresserait de les ramener à la justice
« par son exemple : il ne lui convient pas de se
« traîner aveuglément sur les pas des autres... »
Sur quoi était donc fondé le système de l'art. 11 si, de l'aveu même des hommes chargés autrefois de le défendre, la considération de ce qui a lieu chez les autres nations ne doit jamais porter le législateur à établir en France une institution inique et barbare ?

59. Après avoir parlé de la condition civile faite aux étrangers en général, par les lois rendues dans la période qui nous occupe, nous avons quelques mots à dire des règles introduites ou conservées à l'égard de deux classes particulières d'étrangers,

savoir : 1° à l'égard des ex-Français, 2° à l'égard des ambassadeurs étrangers.

1° En ce qui concerne les personnes qui, ayant été Françaises, ont ensuite perdu cette qualité, soit par la naturalisation proprement dite acquise en pays étranger, soit par une circonstance équivalente (autre toutefois que la prise de service militaire chez une puissance étrangère), elles étaient d'après le Code civil dans une condition en tous points semblable à celle des étrangers ordinaires; elles étaient seulement plus favorisées, en ce sens qu'on leur donnait, à elles et à leurs enfants étrangers, de très-grandes facilités pour recouvrer la jouissance des droits civils attachée à la qualité de Français, puisqu'on ne les soumettait nullement à la nécessité d'un stage quelconque. (C. civ., art. 10, 17 à 19.) Maintenant, quand il s'agissait d'un individu qui avait perdu la qualité de Français pour avoir pris du service militaire à l'étranger, sans autorisation du gouvernement, sa position était exactement celle d'un étranger ordinaire, même en ce qui se rapporte aux conditions qu'il devait remplir pour recouvrer la qualité de Français; il ne pouvait rentrer en France qu'avec la permission du gouvernement; et de plus, il était exposé à être frappé

des peines prononcées par la loi criminelle (1) contre le Français qui porte les armes contre sa patrie (C. civ., art. 21) : ainsi, tout en le déclarant déchu des droits civils attachés à la qualité de Français, on le réputait encore Français quand ce titre dont il s'était rendu indigne pouvait seul donner le droit de l'envoyer à la mort !

Tel était le système consacré par le Code civil à l'égard des ex-Français. Bientôt ce système ne parut plus assez sévère ; et l'empereur, par un décret dont le moindre vice était de violer impudemment la constitution, voulut en 1809 en exaspérer la rigueur. Ce décret, du 6 avril 1809, a en effet un caractère tout pénal. Il déclare d'abord justiciables des cours spéciales, et même des commissions militaires, s'ils sont pris les armes à la main, les Français, *même naturalisés étrangers*, qui depuis le 1^{er} septembre 1804 auraient porté ou porteraient les armes contre l'empereur. D'autre part, à la peine de mort, que nous avons vue implicitement prononcée par l'art. 21 du Code civil contre l'ex-Français qui porte les armes contre la France, le décret ajoute la peine de la confiscation, laquelle n'avait pas encore été rétablie dans notre législa-

(1) *Code pénal* de 1791, 2^e partie, tit. 1, sect. 1, art. 3.

tion ; et, quant à celui qui, ayant seulement pris du service militaire chez une puissance neutre ou alliée de la France, ou en ayant accepté des fonctions civiles, ou même s'étant simplement établi sur son territoire, n'obéirait pas à l'ordre de rappel émané du gouvernement français, le décret prononce contre celui-là et la mort civile et la confiscation.

On s'aperçut bien vite que les dispositions de ce décret ne procuraient pas toute l'utilité qu'on s'en était promise, notamment que les décrets de rappel adressés aux ex-Français ou aux Français établis en pays étranger étaient rarement couronnés de succès : alors *ab irato* on prit une autre mesure. Le décret du 26 août 1811 est fondé sur cette idée, éminemment fausse, que le Français est coupable d'abdiquer sa patrie et d'aller chercher ailleurs des lois qui lui semblent plus justes et plus favorables. C'est là, dis-je, une idée éminemment fausse : et en effet forcer le Français à rester Français, n'est-ce pas en bonne logique ôter à la société française tout droit de le punir quand il aura violé des lois qui répugnent à sa raison ou à sa conscience, lois qu'il n'a jamais promis même tacitement de respecter puisqu'il ne demande au con-

traire qu'à se soustraire à leur empire. — Quoi qu'il en soit, c'est en partant d'une pareille idée que le décret de 1811 divisait en deux classes bien distinctes les Français naturalisés en pays étranger, selon que leur naturalisation avait été ou non autorisée par le gouvernement français.

D'abord quant à ceux qui sont devenus étrangers avec l'autorisation du gouvernement français, le décret de 1811 les met dans une condition bien préférable à celle des étrangers ordinaires : car il leur accorde expressément le droit de posséder, de transmettre et de recueillir des biens en France ; de plus, leurs enfants, bien qu'étrangers, sont admis à recueillir en France tous les droits ouverts pendant leur minorité et dans les dix ans de leur majorité.

Maintenant, que décide-t-on à l'égard du Français naturalisé en pays étranger sans autorisation ? Le décret prononce d'abord, ce qui allait de soi, que celui-là a perdu la jouissance des droits civils en France, qu'en conséquence les successions ouvertes à son profit seront adjugées à la personne appelée après lui à les recueillir, pourvu qu'elle soit regnicole. Je dis que cette disposition allait de soi, parce que je vois dans cette perte des droits

civils, non pas le résultat d'une mort civile dont le décret ne parle en aucune façon et qu'il ne nous est pas permis de prononcer par voie d'induction, mais simplement le résultat de la qualité d'étranger acquise en place de celle de Français. Mais le décret ne s'arrête pas là : cet ex-Français encourt la perte de ses biens, qui sont confisqués ; il est déchu des titres dont il aurait été investi aux termes du sénatus-consulte du 14 août 1806, lesquels titres, avec les biens y attachés, sont dévolus à la personne appelée selon les lois ; enfin, s'il est trouvé sur le territoire de l'empire, pour la première fois il sera arrêté et conduit au delà des frontières, et en cas de récidive il sera condamné à une détention d'un an à dix ans. Pour être relevé de ces déchéances et affranchi de ces peines, l'ex-Français a besoin d'obtenir des *lettres de relief*, qui sont accordées dans la même forme que les lettres de grâce. A toutes ces rigueurs il faut encore en joindre une autre : le décret était rétroactif ; il s'appliquait même aux personnes déjà naturalisées en pays étranger avant sa publication, si dans un certain délai elles n'avaient pas obtenu l'autorisation du gouvernement français.

Ce décret de 1811 rappelait du reste, même

l'égard de ceux qui n'étaient devenus étrangers qu'avec l'autorisation du gouvernement français, les dispositions du décret de 1809 et du Code pénal de 1810 (art. 75) relatives aux Français qui portent les armes contre la France. Enfin, il proclamait l'incapacité de ces ex-Français de servir comme ministres plénipotentiaires dans tout traité où les intérêts de la France pourraient être débattus et d'être accrédités comme ambassadeurs ou ministres auprès de l'empereur.

2° En ce qui concerne la condition civile des ambassadeurs des puissances étrangères, elle n'a été réglée par aucune loi positive. Un article avait été proposé par la section de législation lors de la discussion du titre préliminaire du Code civil au Conseil d'état, article qui avait pour but de confirmer les principes que nous avons vus suivis dans notre ancienne jurisprudence, relativement aux privilèges résultant de la fiction de l'exterritorialité. Cet article était ainsi conçu : « Les étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation en qualité d'ambassadeurs, de ministres, d'envoyés, ou sous quelque autre dénomination que ce soit, ne seront point traduits, ni en matière civile ni en matière criminelle, devant les

« tribunaux de France ; il en sera de même des
« étrangers qui composeront leur famille, ou qui
« seront de leur suite. » Aucune réclamation ne
s'éleva contre la vérité du principe posé dans cet
article ; on l'écarta cependant, en quelque sorte
par une fin de non-recevoir, sous prétexte que le
sujet qu'il traite est étranger au droit civil. Ce n'est
pas là une raison bien satisfaisante : si l'on tenait
absolument à ne s'occuper dans le Code civil que
de droit civil ou privé, il y a un assez grand nom-
bre d'autres articles que par la même considéra-
tion il aurait fallu en retrancher : ainsi il est bien
certain par exemple, que la plupart des disposi-
tions du titre préliminaire n'ont point exclusive-
ment trait au droit privé, que ce sont bien plutôt
des règles de droit public. Du reste, la non-inser-
tion dans le Code de l'article proposé n'a pas
empêché que le principe qu'il avait pour but de
consacrer n'ait toujours été et ne doive en effet
être respecté.

60. Enfin quant à la jouissance des droits poli-
tiques, on pense bien qu'elle ne fut pas accordée
aux étrangers dans la période législative que nous
parcourons en ce moment. Leur incapacité fut
même positivement exprimée par rapport à certai-

tre la France et le Saint-Siège, promulgué comme loi de l'État le 18 germinal an x, « Nul ne peut « être évêque en France, s'il n'est *originaire fran-
« çais* » ; ce qui semble même exclure l'étranger naturalisé. D'après l'art. 32 du même concordat, aucun étranger ne peut être employé dans les fonctions du ministère ecclésiastique, sans la permission du gouvernement. — C'est encore comme conséquence du même principe, en même temps par suite de considérations d'une autre nature, que la loi du 19 ventôse an xi défend implicitement, dans son art. 4, au médecin ou chirurgien étranger et gradué dans une université étrangère, d'exercer la médecine ou la chirurgie en France, sans la permission du gouvernement français. De même encore, la loi organique du notariat déclare les étrangers incapables d'être admis aux fonctions de notaire, et même d'être témoins dans les actes notariés (art. 9 et 35).

Nous rattachons encore à la même période une ordonnance rendue le même jour qui vit naître la Charte constitutionnelle, le 4 juin 1814, par conséquent à une époque où le roi avait encore la plénitude d'exercice du pouvoir constituant. L'article 1^{er} de cette ordonnance est ainsi conçu :

« Conformément aux anciennes constitutions fran-
« çaises, aucun étranger ne pourra siéger, à comp-
« ter de ce jour, dans la chambre des pairs ni dans
« celle des députés, à moins que, par d'importants
« services rendus à l'État, il n'ait obtenu de nous
« des lettres de naturalisation vérifiées par les deux
« chambres. » Louis XVIII, dans le préambule de
cette ordonnance, s'autorise de celles rendues par
ses prédécesseurs, notamment de celles de 1386 et
de 1431, ainsi que de l'ordonnance de Blois (arti-
cle 4), qui, assure-t-il, déclaraient les étrangers
incapables de posséder des offices ou bénéfices,
même de remplir aucune fonction publique en
France ; il ajoute qu'il n'a pas cru devoir repro-
duire toute la sévérité de ces ordonnances, mais
qu'il se réserve le privilège des lettres de naturali-
sation, de manière à pouvoir tous les jours, pour de
grands et importants services, élever un étranger à
la plénitude de la qualité de citoyen français. —
Quant à toutes autres fonctions que celles de mem-
bre de l'une ou de l'autre chambre, l'art. 2 de cette
ordonnance déclare que l'étranger peut les rem-
plir dès qu'il a été naturalisé suivant les formes
établies par les lois antérieures.

Troisième Période. — Monarchie constitutionnelle.

61. Le premier monument législatif qui se présente à notre examen dans cette période, c'est la loi du 14 juillet 1819. Cette loi, sollicitée par les chambres à une époque où elles n'avaient pas encore l'initiative proprement dite, fut le résultat de la conviction assez chèrement acquise que le système de réciprocité consacré par le Code civil n'était pas de nature à attirer en France beaucoup d'étrangers, qu'il n'avait encore produit d'autre effet que de les détourner de venir faire des acquisitions chez nous; qu'en conséquence il était un obstacle à la grande circulation des capitaux, aux progrès du commerce et de l'industrie. Ainsi, il faut bien le reconnaître, dans la pensée des auteurs de cette loi, c'était seulement l'intérêt matériel de la France qu'il s'agissait de servir en supprimant les art. 726 et 912 du Code civil. Quant à réaliser autant que possible, quant à faire passer dans le domaine des faits l'idée abstraite du juste, personne n'y songeait : ici encore, ce principe libéral et philosophique, qui fécondait tous les travaux de l'assemblée constituante et qui en a fait la grandeur, ce principe qui est en définitive la

seule base sur laquelle puisse reposer une législation civilisatrice, et sans lequel on peut dire qu'il n'y a point, à proprement parler, de droit, ce principe est demeuré tout à fait étranger à la loi qui vint détruire en 1819 ce qui restait encore du droit d'aubaine.

La loi de 1819, disons-nous, a du moins eu cet honneur de détruire ce qui restait encore du vieux droit d'aubaine. C'est cependant une opinion généralement reçue, que cette loi a été mal à propos intitulée *Loi abolitive du droit d'aubaine*, que c'est là un titre menteur donné par quelque employé ignorant de la chancellerie, attendu que le droit d'aubaine, aboli pour toujours par l'assemblée constituante, n'avait point été rétabli par le Code civil. « En effet, dit-on, le droit d'aubaine, c'était le droit du fisc de venir à la succession de l'aubain au préjudice de tous héritiers, français ou étrangers ; or le Code civil ne met point obstacle à ce que l'étranger transmette sa succession à ses parents français : donc, quand le fisc succède à un étranger sous l'empire du Code civil, c'est, non par droit d'aubaine, mais par droit de déshérence et parce que le *de cujus* n'a pas laissé d'héritiers capables. » Il est vraiment trop facile de répondre à

cette objection. Dans notre ancienne jurisprudence, ainsi que nous l'avons vu, le mot *Droit d'aubaine* était pris dans trois acceptions distinctes, dont l'une trop restreinte et l'autre trop étendue. La loi de 1819 a définitivement détruit le droit d'aubaine, pour nous du moins qui prenons ce mot, non pas dans le sens étroit que lui avaient donné jadis quelques auteurs domaniaux habitués à ne voir dans chaque institution que le côté qui avait trait aux droits du fisc, mais dans le sens véritable qui comprenait l'incapacité générale de l'aubain, soit d'acquérir soit de transmettre par un mode civil et spécialement par succession : car relever l'étranger de l'incapacité de recueillir une succession ou de recevoir un legs, c'était abolir toute la fraction du droit d'aubaine qu'avait conservée le Code civil. La preuve maintenant que le droit d'aubaine s'entendait proprement de cette double incapacité, c'est que les plus éclairés parmi nos anciens auteurs, même exclusivement domaniaux, tels que Choppin, Lebret, Bacquet et Lefèvre de la Planchette, tout en ne parlant du droit d'aubaine que comme droit domanial et dans des Traités sur le Domaine, se croient obligés, pour donner des notions un peu complètes de ce que c'est que ce droit,

de mentionner toutes les diverses incapacités des aubains, et jusqu'à leur incapacité de plaider en qualité de demandeur sans fournir caution. Il y a plus : il est certain que les auteurs de l'art. 11 du Code civil avaient très-bien compris que cet article ramenait, du moins en partie, le droit d'aubaine. Comment s'y prend en effet M. Treilhard pour défendre devant le corps législatif le système de cet article ? Ce n'est point en le présentant comme essentiellement distinct de l'ancien droit d'aubaine, c'est uniquement en cherchant à justifier le droit d'aubaine des reproches qui lui avaient été adressés, notamment par Montesquieu.

Laissons cette dispute de mots, et voyons quels résultats au fond est venue apporter la loi de 1819.

L'art. 1^{er} de cette loi est ainsi conçu : « Les articles 726 et 912 du Code civil sont abrogés : « en conséquence les étrangers auront le droit de « succéder, de disposer et de recevoir de la même « manière que les Français, dans toute l'étendue « du royaume. » Nous avons déjà remarqué que cette loi ne donne pas aux étrangers le droit de transmettre, parce qu'ils l'avaient déjà de plein droit dans le système du Code civil. Au contraire, elle leur accorde expressément le droit de dispo-

ser, parce que la rédaction un peu embrouillée de l'art. 912 avait donné lieu à des controverses sur ce point, et que quelques auteurs imbus des idées de l'ancien droit avaient voulu distinguer entre le droit de disposer entre-vifs et le droit de disposer par testament. Quel que fût le sens de cet article 912, le législateur de 1819 a fait sagement de couper court à toute discussion à cet égard. Mais en définitive, si l'on admet avec nous que le droit de disposer, même par libéralité testamentaire, existait déjà sous le Code civil dans la personne de l'étranger, les modifications apportées par la loi de 1819 se réduisent à ces deux points : 1° suppression de l'incapacité générale de recueillir une succession ; 2° suppression de l'incapacité générale de recevoir une libéralité, soit entre-vifs, soit à cause de mort.

De plus, la loi de 1819 a été un bienfait, même pour les étrangers qui en vertu de traités jouissaient en France, au moment de sa promulgation, du droit de succéder et du droit de recevoir par donation entre-vifs ou testamentaire : elle a pu leur être utile sous deux rapports distincts.

D'abord elle a consolidé leur condition, en ce sens que les bénéfices résultant d'un traité étaient

toujours susceptibles d'être révoqués par une rupture survenue entre les deux puissances signataires du traité, tandis qu'aucun événement de ce genre ne peut venir suspendre les bienfaits d'une loi, sauf la nécessité de faire quelquefois ce qu'ordonne la raison de guerre. Nous pouvons même noter à ce sujet les paroles suivantes échappées à M. Treilhارد dans son discours au corps législatif sur la jouissance et la privation des droits civils : « On
« sera du moins forcé de convenir que le principe
« de la réciprocité d'après les traités *à cet avan-*
« *tage bien réel*, que, les traités étant suspendus
« par le fait seul de la déclaration de guerre, cha-
« que peuple redevient le maître de prendre dans
« ces moments critiques l'intérêt du moment pour
« unique règle de sa conduite. »

En second lieu, les étrangers avec la nation desquels un traité avait été conclu pouvaient encore sentir en France le contre-coup de certaines exclusions portées par les lois de leur pays en vue de tel ou tels cas particuliers, exclusions que le traité n'avait aucunement pu faire disparaître, parce qu'elles s'attaquaient directement à autre chose qu'à l'état d'étranger. En d'autres termes, un étranger ne pouvait jamais venir réclamer le bé-

néfice du traité conclu par la France avec sa nation, c'est-à-dire être admis à recevoir à titre gratuit de la part d'un Français, qu'autant qu'il prouvait que lui étranger n'aurait pas été empêché par la loi de son pays de transmettre sa succession ou de faire une libéralité à ce Français. Voici des exemples pour éclaircir ce qu'il peut y avoir d'obscur dans l'expression de ma pensée. D'après le Code prussien, les religieux sont incapables de transmettre leur succession à leurs parents et incapables de disposer à titre gratuit : cela posé, sans qu'il y eût à considérer si une incapacité semblable existait ou non dans les lois françaises, sous l'empire des art. 726 et 912 du Code civil, un religieux prussien aurait vainement invoqué le traité abolitif de l'aubaine conclu entre la France et la Prusse, il n'aurait pas été admis chez nous à succéder à un Français ou à en recevoir une libéralité, à raison de ce que conformément aux lois prussiennes ce Français ne pouvait pas prendre sa succession ou recevoir de lui à titre de donation ou de legs. De même supposons que la loi en vigueur dans le pays d'un étranger ne reconnût point de successible au delà du huitième degré : cet étranger, parent au dixième degré d'un Français, n'au-

rait pas pu venir en vertu du traité abolitif de l'aubaine recueillir la succession de ce Français, encore qu'il fût son plus proche ou son unique parent, et bien que nos lois reconnaissent la successibilité jusqu'au douzième degré : on lui aurait toujours opposé que d'après la loi de son pays la réciprocité n'existait pas en faveur de son parent français. — En un mot, je crois que la réciprocité à laquelle le Code civil fait allusion devait s'entendre d'une réciprocité de particulier à particulier, et non pas simplement d'une réciprocité de peuple à peuple ; c'est même là ce qu'il y a de plus clair dans la rédaction un peu embarrassée de l'art. 912 (1). Eh bien ! la loi de 1819 est venue détruire en faveur de l'étranger la possibilité d'une exclusion fondée sur un pareil motif : sous l'empire de cette loi, il n'y a plus à rechercher si le Français qui a voulu faire une donation à un étranger ou à qui cet étranger prétend succéder aurait pu lui-même être son donataire ou son légataire, ou son héritier *ab intestat*.

Quant à l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819, il revient encore sous un certain point de vue au sys-

(1) Un de mes concurrents, M. Delaage, a, dit-on, soutenu avec beaucoup de talent et de succès l'opinion contraire.

tème de la réciprocité. Cet article est ainsi conçu :

« Dans le cas de partage d'une même succession
« entre des cohéritiers étrangers et français ,
« ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France
« une portion égale à la valeur des biens situés en
« pays étranger dont ils seraient exclus, à quel-
« que titre que ce soit, en vertu des lois et coutu-
« mes locales. » C'est dans le chapitre suivant que
nous serons naturellement amené à déterminer
la portée et à chercher l'application de cette règle.

62. Si la loi de 1819 ne fut autre chose que le résultat d'un calcul, si elle fut dictée au législateur par des vues tout égoïstes et nullement par un sentiment de justice et d'humanité, nous ne pouvons adresser le même reproche à la loi du 17 avril 1832, qui sous le rapport de la contrainte par corps est venue tempérer, quoique bien timidement encore, les rigueurs rétrogrades de la loi du 10 septembre 1807 (1). Voici la liste des principales améliorations introduites par cette loi :

1° La contrainte par corps n'a lieu contre l'étranger, pour sûreté de l'exécution du jugement

(1) On regrette de voir l'auteur du seul ouvrage un peu étendu et complet que nous ayons encore sur le Code civil, présenter à plusieurs reprises (dans sa 4^e édition, *revue et corrigée* et datée de 1844) la loi de 1807 comme contenant les règles aujourd'hui en vigueur.

obtenu contre lui par un Français, qu'autant que la somme principale de la condamnation n'est pas inférieure à cent cinquante francs (art. 14);

2° Le président du tribunal peut, sur la requête du créancier et s'il y a de suffisants motifs, ordonner l'arrestation provisoire de l'étranger; mais la loi nouvelle veut du moins que le créancier se pourvoie en condamnation dans la huitaine de l'arrestation, faute de quoi l'étranger pourra demander son élargissement, lequel sera prononcé par une simple ordonnance de référé (art. 15);

3° La contrainte par corps exercée contre un étranger, soit pour dette commerciale soit pour dette civile, dans un cas où elle n'aurait pas lieu contre un Français, cesse de plein droit après un certain délai qui est déterminé par la loi, et dont la durée varie, suivant le chiffre de la condamnation principale, depuis deux ans jusqu'à dix ans (art. 17);

4° S'il s'agit d'une dette civile pour laquelle un Français serait soumis à la contrainte par corps, les mêmes règles, quant à la durée, s'appliquent à l'étranger et au Français, sauf que pour le premier la contrainte ne peut jamais durer moins de deux ans;

5° Est également commune à l'étranger et au Français, la règle suivant laquelle la contrainte ne peut être prononcée contre un septuagénaire et cesse dès que le débiteur emprisonné a commencé sa soixante-dixième année, sauf le cas de stellionat ;

6° Les étrangères ne sont jamais contraignables par corps pour dettes civiles, sauf encore le cas de stellionat (art. 18) ;

7° Enfin le titre 4 de la loi nouvelle contient des dispositions favorables qui peuvent être invoquées par les étrangers aussi bien que par les Français.

63. Il ne me reste plus qu'à dire un mot des étrangers qui ont été placés dans une condition spéciale.

Je signalerai d'abord la loi du 21 avril 1832 sur les étrangers réfugiés. Les dispositions de cette loi, qui ne devaient rester en vigueur que pendant une année, ont été prorogées à plusieurs reprises, et tout récemment encore, en 1843. La condition civile de cette classe d'étrangers a surtout cela de remarquable, que le gouvernement peut les astreindre à se rendre et à demeurer dans telle ville qu'il leur désigne ; d'un autre côté, ils ne peuvent

être contraints de sortir du royaume qu'en vertu d'un ordre signé par un ministre.

Quant aux étrangers à qui des traités, conclus soit avant soit depuis la loi de 1819, ont accordé la jouissance plus ou moins complète de nos droits civils, comme par exemple le droit de plaider en qualité de demandeurs devant nos tribunaux sans fournir caution, nous nous bornerons à une seule observation : c'est que le traité de Paris du 30 mai 1814, confirmé par celui du 20 novembre 1815, déclare que l'abolition du droit d'aubaine et autres droits de même nature, stipulée jusqu'alors par des traités, est expressément maintenue.

CHAPITRE V.

Théorie de la condition civile des étrangers dans notre droit actuel.

64. Nous avons passé rapidement en revue, dans le chapitre précédent, les textes législatifs qui depuis la révolution de 1789 jusqu'à nos jours sont venus poser des règles sur la condition civile des étrangers en France. Ces textes, pour la plupart, ne régissent que des points tout à fait spéciaux ; quelques-uns , comme par exemple l'art. 3 du Code civil, sollicitent par leur laconisme l'interprétation et les développements de la doctrine. Ces textes, en un mot, ne sont pas suffisants pour constituer par eux-mêmes une théorie complète de la condition civile des étrangers en France. Il y a d'abord des lacunes à combler ; il y a surtout à reconstruire , par voie d'induction et à l'aide de ceux de ces textes qui n'ont pas été abrogés, un système assez large et assez exact pour les embrasser tous sans effort, en telle sorte qu'ils nous apparaissent unis ensemble par ce lien intime qui

doit exister entre les diverses applications d'un principe général. Telle est la tâche difficile que nous entreprenons dans ce chapitre.

La condition des étrangers se présente tout d'abord sous un double aspect, suivant qu'on la considère au point de vue du droit constitutionnel ou au point de vue du droit privé. Dans une première section nous allons rechercher rapidement quels sont les principes de notre droit constitutionnel qui s'appliquent aux étrangers, quels sont ceux au contraire dont l'application est restreinte aux nationaux. Et ce ne sera point nous écarter de l'objet de notre travail, qui est la *condition civile* des étrangers en France : car cette expression, — Condition civile des étrangers, — ne signifie pas seulement la condition des étrangers quant aux droits civils ou privés ; elle signifie proprement l'état ou la position des étrangers au point de vue de la loi, sous le rapport purement juridique, par opposition à la situation dans laquelle ils peuvent se trouver sous tout autre point de vue, comme riches ou pauvres, favorisés ou non par le pouvoir, etc.

Section I. — De la condition des étrangers au point de vue du droit constitutionnel.

65. Le droit constitutionnel a deux objets distincts, qu'il importe de ne pas confondre notamment en ce qui touche les étrangers. Le droit constitutionnel n'est pas seulement l'ensemble des règles suivant lesquelles la puissance publique est organisée dans un État et suivant lesquelles certaines personnes participent à cette puissance ; le droit constitutionnel est encore et principalement l'ensemble des règles qui dans un État déterminent comment les personnes pourront, sans nuire à la société entière et aux droits d'autrui, développer et mettre à profit leurs facultés soit physiques soit intellectuelles, et qui garantissent l'exercice de ces facultés dans les limites raisonnables. Les règles de la première catégorie établissent et confèrent les *droits politiques* ; celles de la deuxième reconnaissent et déterminent les droits qu'à défaut d'autre terme on peut appeler *droits publics proprement dits* ou *libertés publiques*.

On voit de suite que ce deuxième objet du droit constitutionnel correspond à ce qui est en réalité le but de la société, tandis que la partie consa-

crée à l'organisation politique s'occupe seulement du moyen imaginé comme étant le plus propre à faire atteindre ce but. Pourquoi en effet avons-nous, au prix de tant d'efforts, conquis un gouvernement constitutionnel, c'est-à-dire une forme de gouvernement dont le mécanisme est assez compliqué et dont la séparation des pouvoirs est la base fondamentale? C'est évidemment pour avoir la meilleure garantie qu'en France la liberté individuelle ne pourra plus être arbitrairement violée, que chacun pourra librement professer sa religion, que les contributions seront supportées proportionnellement par tous, etc. L'organisation politique, encore une fois, n'est donc que le procédé employé pour assurer le libre exercice des libertés publiques.

La distinction des droits politiques et des droits publics, avons-nous dit, est notamment importante en ce qui touche les étrangers. En effet l'essence des droits publics, c'est d'être généraux et absolus, d'être accordés à tout le monde sans distinction de capables et d'incapables : l'enfant qui vient de naître jouit du droit de l'égalité civile, aussi bien que le citoyen. Au contraire quand il s'agit de la jouissance des droits politiques, on peut

placer la capacité plus haut ou plus bas, l'étendre ou la restreindre ; mais il y a toujours nécessairement une question de capacité : les droits politiques, ce sont de véritables fonctions qu'on ne peut confier à tout le monde. Ce qui découle naturellement de ces idées, des caractères particuliers qui distinguent les droits politiques des droits publics, c'est que l'étranger est incapable d'avoir en France aucun droit politique, de participer en aucune façon au gouvernement, et qu'il a au contraire aussi bien qu'un Français tous les droits publics garantis par notre Charte constitutionnelle (1).

66. L'exclusion de l'étranger des droits politiques dérive de la nature même des choses : c'est un principe qui existera aussi longtemps qu'il y aura des nations différentes , parce qu'il est une des premières conditions de leur autonomie. Jamais une nation indépendante n'accordera aux étrangers dans son gouvernement une influence qu'il est même impossible qu'elle accorde à tous

(1) Cette distinction, qui était formellement consacrée par la constitution de 1791 et par celle de l'an III, et qui ressort encore aujourd'hui de la division même de la Charte, me semble tout à fait incontestable et fondée en raison. Il paraît cependant qu'elle n'est pas admise par tout le monde, et je dois prévenir le lecteur qu'il y a à la Faculté de droit de Paris un honorable professeur de Code civil qui m'a fort rudoyé pour l'avoir présentée à mon deuxième examen de doctorat.

ses membres. Pour prendre part d'une manière quelconque à l'administration d'un pays, au gouvernement d'un peuple, il ne suffit pas d'avoir individuellement les lumières et l'expérience requises : il faut avant tout être partie de ce peuple, être ainsi naturellement jaloux de sa prospérité et de sa gloire, naturellement désireux de faire toujours ce qu'exigent ses véritables intérêts ; c'est là le premier titre que la société demande à celui qui, dans une mesure plus ou moins forte, aspire à la diriger.

En conséquence, l'étranger est d'abord exclu en France de toute participation à la représentation nationale, c'est-à-dire qu'il ne peut ni siéger dans l'une ou l'autre des deux chambres législatives, ni venir dans un collège électoral contribuer à faire un député. Il ne peut également entrer lui-même, ni contribuer par son vote à faire entrer une autre personne, dans un conseil général, dans un conseil d'arrondissement, même dans un conseil municipal.

L'étranger est encore exclu de toute fonction publique proprement dite, soit civile, soit militaire, soit ecclésiastique. C'est par application de cette règle qu'il ne peut être témoin dans un acte

notarié, notamment dans un testament en forme authentique ou mystique (C. civ., art. 980), ni dans une saisie (C. pr. civ., art. 585), parce que cette espèce de témoignage constitue une véritable fonction. L'étranger pourrait du reste être témoin dans un acte de l'état civil (C. civ., art. 37), sans doute par la raison que la plupart des actes de cette nature doivent essentiellement être rédigés dans un bref délai.

Par suite des mêmes idées, l'étranger n'est pas admis à porter les armes pour la défense du territoire ou pour le maintien de l'ordre français. Il n'a ni le droit ni l'obligation de servir dans l'armée française (loi du 21 mars 1832, art. 2), non plus que dans la garde nationale ; il peut y avoir exception, quant à la garde nationale, pour l'étranger qui a été admis à la jouissance des droits civils conformément à l'art. 13 du Code civil, lorsque de plus cet étranger a acquis une propriété ou formé un établissement en France (loi du 22 mars 1831, art. 10).

Nous avons déjà parlé de certaines fonctions ou professions que des lois particulières déclarent inaccessibles aux étrangers, quoique ces fonctions ou professions n'apparaissent pas au premier

abord comme des délégations de la puissance publique. Il n'y a aucune loi de cette espèce relativement à la profession d'avocat; et on pourrait être tenté de croire que, comme c'est là une profession tout à fait indépendante et pour l'exercice de laquelle il n'est besoin d'aucune nomination du gouvernement, l'étranger licencié en droit en est capable aussi bien que le Français. Cependant le conseil de l'ordre des avocats de Grenoble, par une décision du 6 février 1830, a sanctionné l'ancienne incapacité de l'étranger à cet égard, notamment par cette considération que l'avocat lors de sa réception prête comme les fonctionnaires publics le serment de fidélité au roi et d'obéissance à la Charte constitutionnelle, et puis aussi parce que l'avocat peut être accidentellement appelé à participer à l'administration de la justice.

L'étranger, que l'art. 67 de la constitution de l'an VIII a pris la peine de déclarer incapable d'être juge, ne pourrait certainement pas non plus être juré. Pourrait-il être arbitre? Je ne conçois pas sur quel motif on pourrait fonder la négative en matière d'arbitrage volontaire: il n'y a là rien autre chose qu'une convention librement formée, qui doit tenir lieu de loi aux parties; la sentence ar-

bitrale d'ailleurs n'a par elle-même aucune force exécutoire. Mais je déciderais autrement lorsqu'il s'agit d'arbitrage forcé, comme par exemple au cas de contestations survenues entre associés : si l'une des parties en pareil cas a nommé pour arbitre un étranger, je crois que la Cour de cassation pourrait, sur la demande des autres parties, casser la sentence arbitrale. En effet il n'y avait pas possibilité pour ces parties de se faire juger par les tribunaux ordinaires, et d'un autre côté elles n'ont pu être privées du droit d'être jugées par leurs pairs, par des Français. — Quant aux fonctions d'experts, rien ne me semble s'opposer à ce que le tribunal d'office ou les parties en puissent investir un étranger : car la décision des experts n'est point un jugement, ce n'est qu'un simple renseignement auquel le tribunal n'est point en principe tenu de conformer sa décision.

67. Passons maintenant au deuxième objet dont s'occupe le droit constitutionnel, c'est-à-dire aux droits publics. Les principaux de ces droits, ce sont : l'égalité civile, la liberté individuelle, la liberté des cultes ou liberté de conscience, la liberté de la pensée et de la parole, la liberté de la presse ; nous y joindrons encore le droit de sûreté quant

aux personnes et quant aux propriétés, et ce qu'on peut appeler *le droit de bonne renommée*.

D'abord le principe de l'égalité civile, qui est proclamé dans l'art. 1^{er} de la Charte, ce n'est en réalité autre chose que la destruction des anciens privilèges accordés à la noblesse sous trois rapports principaux, savoir : 1^o quant à l'admissibilité à toutes fonctions publiques, qui supposent la confiance du souverain et donnent une certaine part d'autorité dans l'État ; 2^o quant à l'égale contribution de tous aux différentes natures d'impôts ; 3^o enfin quant à l'application des mêmes règles de droit, et spécialement de droit pénal, aux affaires de même nature, quelle que soit la qualité des personnes engagées dans l'instance. De ces trois éléments de l'égalité civile, le premier est évidemment sans intérêt, en ce qui touche les étrangers, puisque la qualité même d'étranger rend incapable de remplir en France aucune fonction publique. Les deux autres éléments au contraire ont en général autant d'application en ce qui concerne les étrangers qu'en ce qui concerne les Français : au principe absolu écrit dans la Charte, il est impossible d'apporter une restriction qui n'est exprimée nulle part dans notre législation, et à la-

quelle se refuse évidemment l'esprit de notre loi fondamentale. En conséquence, les immeubles de France, qui appartiennent à des étrangers, ne sont jamais grevés que des mêmes contributions qu'ils supporteraient dans les mains de tous propriétaires français. Et en second lieu toutes les garanties accordées en général aux plaideurs par nos lois sur l'organisation judiciaire et sur la procédure peuvent être invoquées par l'étranger, de même que les crimes, délits ou contraventions, commis en France par des étrangers, sont réprimés par les règles de notre droit commun en matière de peines, sauf bien entendu les cas rares où le législateur modifie la peine en raison même de la qualité d'étranger du délinquant (*Voy. Code pén., art. 35 et 272*).

La liberté individuelle est également garantie à l'étranger ; elle lui est même garantie dans deux sens distincts, vis-à-vis de deux sortes de personnes. D'abord les étrangers sont libres vis-à-vis de l'État, c'est-à-dire qu'incontestablement ils pourraient invoquer le bénéfice de l'art. 4 de la Charte : en d'autres termes, les étrangers, de même que les Français, ne peuvent être poursuivis et arrêtés que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle

prescrit. D'un autre côté, l'étranger que les lois de son pays considéraient comme esclave ou comme affranchi, et astreignaient en conséquence à certaines obligations et à certaines privations, devient parfaitement libre dès qu'il a touché le sol français. Nos lois ont tellement horreur de l'esclavage et de tout ce qui y ressemble que, si nous supposons un citoyen d'un pays où cette plaie sociale existe encore, qui vient en France amenant à sa suite des esclaves ou des affranchis, nos lois se substitueraient à l'instant en faveur de ces malheureux à leur loi personnelle, et briseraient dans la main du maître ou du patron un pouvoir et des droits incompatibles avec les principes rationnels de notre organisation sociale. C'est là un des cas rares où la loi du pays de l'étranger, quoique éminemment personnelle, ne peut aucunement le suivre en France pour y régler son état et sa capacité, parce que cette loi est contraire à l'ordre public français.

Disons de même sans hésiter que l'étranger peut professer sa religion et publier ses idées, même par la voie de la presse, avec la même liberté qui est garantie au Français par les art. 5 et 7 de la Charte. La liberté de la conscience, la liberté de la

pensée et de la parole, ce sont là de trop nobles et précieuses conquêtes de l'humanité pour que la France songe à en restreindre avec jalousie le bénéfice à ses enfants. Que peut-on concevoir en effet de plus *naturel* que le droit, méconnu encore par trop de gouvernements soupçonneux, de produire librement, dans les limites légitimes, les inspirations de sa conscience, de sa raison, de toutes ses facultés morales ? Aussi n'a-t-on jamais songé sous notre gouvernement constitutionnel à refuser aux étrangers le droit de suivre les prescriptions de leur culte, ni le droit de publier leurs opinions dans un livre. Mais il y a une objection qui se présente assez naturellement en ce qui concerne la liberté de la presse. Cette objection est fondée sur l'art. 1^{er} de la loi du 18 juillet 1828, lequel est ainsi conçu : « Tout Français majeur, « jouissant des droits civils, pourra sans autori- « sation préalable publier un journal ou écrit périodique, en se conformant aux dispositions de « la présente loi. » Sans doute, il semble résulter clairement de cette disposition que l'étranger, qui ne jouit pas pleinement des droits civils, ne pourrait pas, comme le Français, publier sans autorisation préalable un journal ou écrit périodique ;

mais est-ce à dire pour cela qu'il est incapable de profiter activement de la liberté de la presse ? Avant tout, il faut bien s'entendre sur le sens des mots et sur la portée de cet art. 1^{er} de la loi de 1828. Est-ce que par hasard la liberté de la presse consisterait uniquement dans la faculté de publier un journal ? Est-ce qu'il n'y aurait en France à exercer le droit que nous appelons liberté de la presse, que ceux-là seulement qui publient des journaux, c'est-à-dire qui en sont directeurs ou gérants responsables ? C'est là une idée que pour mon compte je ne puis absolument pas admettre. Quand on dit que la liberté de la presse existe dans un pays, j'ai toujours compris qu'on voulait exprimer sous cette formule les deux idées suivantes : — D'abord la loi ne met pas trop d'entraves à la fondation des journaux ; en second lieu, il est loisible à chacun, à condition bien entendu d'obtenir l'agrément du directeur ou du gérant d'un journal, de publier ses idées par la voie de la presse périodique, soit en faisant connaître son nom, soit en le taisant, sans que le gouvernement ait aucun droit de censure, sans qu'il puisse exiger aucune communication préalable de l'article à imprimer, en telle sorte que toutes les réflexions dont la presse fait part au

pays soient réellement la pensée du rédacteur, sa pensée dégagée de toute approbation ou correction émanée du pouvoir. — S'il en est ainsi, si la liberté de la presse consiste essentiellement dans la faculté laissée à chacun par la loi de faire connaître au pays, au moyen des journaux, sa pensée véritable, sauf la répression de tout délit commis de cette manière, il est bien clair que le bienfait de la liberté de la presse profite en France à l'étranger comme au Français : car votre qualité d'étranger n'est nullement un obstacle légal à ce que vous puissiez publier vos idées dans un journal avec la même absence de mesures préventives, dès que vous vous êtes entendu avec celui qui dirige ce journal. — Quel est donc enfin l'avantage que l'art. 1^{er} de la loi de 1828 accorde au Français majeur et jouissant des droits civils, à l'exclusion de l'étranger ? C'est uniquement le droit d'être gérant responsable d'un journal, le droit d'être, aux yeux de la loi, la personnification du journal et le répondant de toutes ses obligations. Et on conçoit en effet que ce droit soit refusé à l'étranger, que notre législateur considère toujours comme n'ayant pas de racines en France, comme pouvant disparaître d'un moment à l'autre ; et d'ail-

leurs, sans exagérer même la portée de cette parole qui a son côté vrai : — *La Presse est un quatrième pouvoir dans l'état*, — il est certain que le directeur ou gérant d'un journal exerce, sous un certain rapport, une sorte de droit politique, un de ces droits que la société ne peut confier qu'à ses membres. Mais ce serait véritablement vouloir retourner vers la barbarie que de défendre aux étrangers de nous faire part au moyen de la presse française, sous leur responsabilité personnelle et sous celle du gérant, de leurs idées et de leurs réflexions même en matière politique.

Enfin se présentent deux espèces de droits, qui sans doute paraissent appartenir à la classe des droits privés parce qu'ils constituent dans leur principe des rapports de particulier à particulier, mais que nous rangeons cependant ici à la suite des droits publics, d'abord parce qu'il n'en est question que dans cette partie de nos lois qui dépend du droit constitutionnel, et qui prononce des peines proprement dites contre la violation de certains droits, et puis parce qu'on ne peut les enfreindre sans troubler l'ordre public, sans mettre le désordre dans la société entière. Il s'agit du droit de sûreté et du droit de bonne renommée.

Les étrangers ont évidemment le droit de sûreté, c'est-à-dire qu'ils peuvent réclamer la protection du gouvernement, pour eux-mêmes et pour leurs propriétés, et la réparation du dommage à eux injustement causé sous l'un ou l'autre de ces points de vue : c'est qu'en effet, même abstraction faite de toute idée de justice *à priori*, les atteintes arbitraires à la vie, au bien-être physique, à la propriété de toute personne, mettent la société entière en péril et demandent par conséquent une répression. En conséquence, il faudrait, encore aujourd'hui, appliquer aux étrangers comme aux Français l'art. 76 de la constitution de l'an VIII, qui porte que « La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable. » Toujours par application des mêmes idées, la Cour de cassation a décidé avec grande raison, par un arrêt de cassation (1), que la loi du 10 vendémiaire an IV, qui rend les communes responsables des pillages commis à main armée sur leur territoire, est applicable au profit des étrangers comme au profit des Français. Il faut en dire de même de toutes les lois de police et de sûreté, soit préventives soit pénales. — J'ai indiqué spécialement le

(1) Sirey, t. 41.

droit de bonne renommée, c'est-à-dire le droit de poursuivre la réparation de tout acte, geste, écrit ou parole, qui tendrait à déconsidérer la personne. Ce droit appartient évidemment à l'étranger : car d'abord il tend à prévenir des scandales ; et puis, d'un autre côté, il est la sanction d'un besoin naturel à l'homme, du besoin de faire respecter sa dignité.

Il y a encore une sorte de droit qu'on peut ranger dans la classe des droits publics, et que je n'hésite pas à accorder à l'étranger : c'est le bénéfice résultant de l'art. 2 du Code civil. Je dis que les lois françaises ne peuvent en principe avoir un effet rétroactif à l'égard de l'étranger, de même qu'elles ne peuvent en principe avoir un effet rétroactif à l'égard du Français ; ce qui veut dire que, lorsqu'il s'agira de faire l'application d'une loi nouvelle aux étrangers, le juge devra respecter les droits précédemment acquis par ceux-ci, les attentes très-fortes sur la réalisation desquelles ils avaient eu juste sujet de compter en vertu de la loi ancienne et qu'on ne pourrait détruire sans leur causer un préjudice. Par exemple, qu'une loi vienne demain déclarer les étrangers incapables de recevoir à titre gratuit : cette loi

respectera sans aucun doute les donations entrevues acceptées par les étrangers et les legs qu'ils auront recueillis sous l'empire de la loi du 14 juillet 1819. Cette loi nouvelle ne devra même pas être interprétée en ce sens qu'elle détruise l'effet d'une institution contractuelle faite antérieurement au profit d'un étranger, encore bien que l'instituant ne soit pas mort lors de la promulgation de la loi nouvelle; car les institutions contractuelles sont de véritables conventions, desquelles résultent des droits acquis. En un mot, l'art. 2 du Code civil n'est, suivant l'expression de Portalis, rien autre chose qu'une loi de sécurité; or, nous sommes intéressés nous-mêmes à ce que l'étranger puisse sans inquiétude, avec sécurité, faire les différents actes juridiques que lui permet la loi actuellement en vigueur. C'est d'ailleurs un système qu'on est forcé d'admettre du moment qu'on a reconnu comme principe que les étrangers, indépendamment de toute considération égoïste de notre part, peuvent réclamer la protection des lois françaises, qu'ils ont la jouissance de véritables droits, c'est-à-dire de facultés garanties d'une manière générale et absolue par le législateur et par la société, et non pas simplement de certaines fa-

veurs révocables selon le caprice du souverain sous l'empire duquel ils sont venus se placer, de certains avantages entièrement subordonnés aux intérêts immédiats des nationaux. Pour moi, qui pense que la civilisation dont s'enorgueillit notre âge ordonne impérieusement aux sociétés et aux législateurs de reconnaître et de consacrer ce principe de justice, je ne puis admettre, avec un profond jurisconsulte de l'école utilitaire de Bentham, que, « La loi ne s'occupant des étrangers que dans l'intérêt des sujets naturels, on peut changer leur condition dès que l'intérêt de ces derniers l'exige et sans tenir aucun compte des espérances formées par eux. »

68. En nous occupant des étrangers dans leurs rapports avec notre droit constitutionnel, nous n'avons encore parlé que de droits ; mais là où il y a des droits, il y a nécessairement des devoirs. Si l'étranger est admis à jouir des droits publics, qui sont une partie essentielle de notre organisation sociale, par une réciprocité nécessaire, il doit d'abord contribuer à toutes les charges et dépenses publiques qui ont pour but essentiel de procurer au gouvernement les moyens de maintenir l'ordre dans la société ; toujours en vertu de cette même

idée de réciprocité, l'étranger est également astreint à ne rien faire qui puisse porter atteinte à cet ordre public dont il recueille les bienfaits.

Ainsi d'abord les propriétés que l'étranger acquiert en France sont entre ses mains, comme elles le seraient en général entre celles de toute personne, grevées d'impôts et de servitudes d'utilité publique ; elles peuvent notamment subir l'expropriation pour cause d'utilité publique, conformément à la loi du 3 mai 1841. L'étranger lui-même est assujetti au paiement de la contribution personnelle et mobilière, quand il est établi depuis un an dans une commune. (Loi du 21 avril 1832, art. 12.)

En second lieu, l'étranger est obligé à ne rien faire de contraire à l'ordre public : spécialement en ce qui concerne nos lois pénales, elles sont applicables contre lui, aussi bien qu'en sa faveur.

Chaque État en effet a naturellement et nécessairement le droit de veiller à sa conservation, au maintien de l'ordre qui résulte de sa constitution. En conséquence, dès qu'un étranger commet chez nous un de ces actes qui donnent ordinairement naissance à une action publique, parce qu'ils atteignent, directement ou indirectement, la société

tout entière, cet étranger tombe sous le coup de la loi française, qui, sans sortir des bornes de la justice, veille à ce que les actes de cette nature ne puissent, par l'impunité de leur auteur, offrir un attrayant et trop dangereux exemple. Peu importe que l'acte coupable émane d'un Français ou d'un étranger : l'impunité serait également fâcheuse. Il faut donc dire sans hésiter que toutes les règles de notre législation pénales s'appliquent en principe à l'étranger, qui a violé les lois de l'hospitalité en portant atteinte à cet ordre social qui lui donnait protection ; et jamais il n'y aura lieu de distinguer si le fait commis au mépris de notre loi est ou non réputé illicite dans le pays de l'étranger.

Nous avons même ici un texte formel, l'art. 3 du Code civil, qui nous dit que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Tout le monde reconnaît que cette règle s'applique aussi bien aux étrangers qui ne font que passer sur le territoire qu'à ceux qui l'habitent à proprement parler. — Mais que faut-il entendre précisément par *Lois de police et de sûreté* ? D'abord ce ne sont pas seulement les lois pénales proprement dites ; il faut encore évidemment comprendre sous cette dénomination les lois simple-

ment préventives, les mesures de précaution qui tendent à empêcher les infractions aux lois, ou même à empêcher certains accidents. De plus, nous ne prenons pas ici le mot *Lois* dans son sens spécial et technique : nous appliquons également sans difficulté à tous ceux qui se trouvent sur le territoire les différents actes du pouvoir exécutif, les différents règlements qui sont rendus par certains fonctionnaires dans les limites de leur compétence pour assurer la tranquillité publique. — Ce n'est pas encore là l'énumération complète de toutes les natures de règles positives auxquelles fait allusion le 1° de l'art. 3 du Code civil. Toutes les dispositions de nos lois, qui sont purement civiles en ce sens qu'elles ne sont point sanctionnées pour le cas d'inobservation par des peines proprement dites, mais qui sont fondées sur la protection due aux mœurs publiques, ou sur le désir de prévenir le scandale, ou enfin qui se rattachent intimement aux principes libéraux de notre organisation sociale, toutes ces dispositions-là doivent enchaîner l'étranger aussi bien que le Français. Nul doute par exemple que l'étranger invoquerait en vain sa loi personnelle pour se soustraire à la disposition du Code civil qui défend de pactiser sur succession

non encore ouverte, à la disposition du même Code qui prohibe en règle générale la recherche de la paternité, etc. Nous reviendrons dans la section suivante sur les applications du principe qu'il suffit de poser ici comme contenu dans l'art. 3.

Nous avons vu qu'en principe la loi française appliquait aux crimes, délits et contraventions, commis en France par des étrangers, les mêmes peines que, pour les mêmes faits commis avec les mêmes circonstances, elle eût appliquées à des Français. Cela est vrai de toutes les espèces de peines, même de celles qui comme la mort civile consistent dans une altération de l'état et de la capacité de la personne, alors même que la peine dont il s'agit n'est pas admise par la loi personnelle de l'étranger : ainsi qu'un étranger soit condamné chez nous aux travaux forcés à perpétuité et que l'exécution ait lieu, sa capacité sera déterminée aux yeux de la loi française par l'art. 25 du Code civil, et non plus par les dispositions de la loi de son pays. Il y a cependant quelques cas où notre loi pénale inflige à l'étranger, à raison de sa qualité d'étranger, une peine particulière. Ainsi, toutes les fois qu'un tribunal français prononce contre un étranger la dégradation civique comme

peine principale, cette peine est nécessairement accompagnée d'un emprisonnement, tandis qu'à l'égard d'un Français le tribunal peut suivant les circonstances prononcer ou ne pas prononcer l'emprisonnement en outre de la dégradation civique. (C. pén., art. 35.) De même, lorsqu'un étranger est déclaré vagabond par jugement, il peut être conduit par les ordres du gouvernement hors du territoire du royaume. (C. pén., art. 272.)

Quant aux faits illicites commis hors de France, l'étranger qui s'en est rendu coupable ne peut en règle générale être poursuivi devant nos tribunaux criminels à raison de ces faits. C'est là un principe auquel le progrès de la civilisation ne peut manquer d'apporter tôt ou tard des modifications et des adoucissements. Un projet de loi a été soumis aux chambres à cet égard dans l'avant-dernière session ; mais ce projet n'a pas été adopté. Ce principe général subsiste donc dans notre droit, sauf le cas exceptionnel prévu par l'art. 6 du Code d'instruction criminelle. D'après cet article, l'étranger qui se sera rendu coupable hors de France d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, de contrefaçon du sceau de l'État ou de monnaies nationales ou de billets de banque, pourra être

poursuivi, jugé et puni en France d'après les dispositions des lois françaises, s'il est arrêté sur notre territoire, ou si le gouvernement français obtient son extradition. Mais qu'un étranger commette hors de France, même sur un de nos compatriotes, le plus odieux assassinat, et qu'il vienne ensuite chercher un refuge parmi nous : la main du ministère public restera désarmée, aucune peine ne pourra être prononcée par nos tribunaux : il semble qu'en ce cas la loi française s'en rapporte à la sollicitude de la justice du pays où le crime a été commis et qu'en définitive elle regarde l'exil du coupable comme une peine suffisante.

Section II. — De la condition des étrangers au point de vue du droit privé.

69. Ce que nous avons à rechercher dans cette section peut être formulé dans la question suivante : Quelles similitudes et quelles différences quant aux droits privés existent en France entre la condition des étrangers et celle des nationaux?

Cette question est complexe : pour lui donner une solution exacte et complète, il est indispensable de la considérer sous plusieurs aspects divers. Ainsi il faut la considérer d'abord quant au fond

du droit, c'est-à-dire qu'il faut faire le triage des prérogatives juridiques que la loi française accorde exclusivement aux nationaux et refuse aux étrangers, et de celles au contraire au bénéfice desquelles elle admet les étrangers (soit qu'elle les y admette d'une manière absolue comme les nationaux, soit que tout en les y admettant elle apporte du moins certaines restrictions à cette faveur). Et puis ensuite, à mesure qu'on a constaté que notre législation n'exclut pas les étrangers de la jouissance de telle ou telle nature de droits, il reste toujours à se demander par quelle loi cette faculté, qui au fond est octroyée à l'étranger, devra être réglementée dans ses mains. Ainsi par exemple nous savons que l'étranger est aujourd'hui capable au point de vue de la successibilité, qu'il a le droit de succéder et celui de transmettre *ab intestat* en France, mais pour avoir une idée complète de la condition des étrangers en matière de succession, nous avons encore à rechercher d'après quelle loi sera réglée la dévolution du patrimoine d'un étranger, s'il faudra consulter la loi de la situation des biens ou la loi domiciliaire du *de cujus* pour trouver les règles suivant lesquelles telles ou telles personnes sont appelées à recueillir

lir, pour fixer la réserve de certains héritiers, etc. De même, après avoir reconnu qu'un étranger n'est point exclu par la loi française du droit de se marier en France, soit avec une Française soit avec une étrangère, il restera à nous demander quelle loi devra être consultée pour déterminer les conditions d'un pareil mariage, ses conséquences civiles, etc. En un mot, toutes les fois qu'on veut connaître la position des étrangers par rapport à une certaine matière de droit, il y a en quelque sorte deux degrés d'investigations à parcourir : il y a à se demander : 1° si l'étranger n'est pas exclu par la loi française, soit partiellement soit absolument, du droit ou de l'acte juridique dont il s'agit ; 2° dans le cas où il n'en est pas exclu, en supposant que la loi de la situation des biens, celle du domicile de l'étranger et celle de la passation de l'acte ne réglementent pas de la même manière ce *negotium juris*, laquelle de ces lois il faut appliquer pour arriver à pouvoir déterminer nettement et dans tous ses détails la condition de l'étranger quant à l'objet dont il s'agit.

De ce que nous venons de voir il ressort déjà clairement que toutes les différences que nous aurons à signaler entre la condition civile des

Français et celle des étrangers se rapportent nécessairement à l'un ou à l'autre de ces deux chefs : 1° Droits que la loi française attribue exclusivement aux nationaux, ou du moins n'accorde aux étrangers qu'avec certaines restrictions ; 2° droits qui, octroyés aux étrangers comme aux nationaux, sont réglementés dans la main des étrangers par une loi autre que la loi française. — Maintenant est-il possible de rattacher ces deux ordres de différences effectives à un petit nombre de causes premières, de les grouper autour de quelques principes généraux ? Oui : toutes les différences du deuxième ordre, c'est-à-dire toutes celles qui consistent dans l'application à certains faits juridiques d'une loi étrangère, et même la plus grande partie des différences du premier ordre, se justifient par cette règle fondamentale que l'étranger en principe n'a point de domicile en France. Quant aux autres différences, elles ne sont que le résultat du peu de confiance qu'a le législateur français dans la justice et dans l'impartialité des tribunaux étrangers, le résultat de son désir de soustraire les Français à la nécessité de subir les sentences de ces tribunaux.

En conséquence de ces réflexions générales,

voici l'ordre qui me paraît le plus naturel et le plus propre à jeter quelque lumière sur cette matière obscure et compliquée :

§ 1^{er}. Similitudes entre la condition civile des étrangers et celle des nationaux.

§ 2. Différences entre la condition des uns et celle des autres, fondées sur ce que les étrangers n'ont point de domicile en France.

§ 3. Différences fondées sur la défiance que les tribunaux étrangers inspirent au législateur français.

Enfin § 4, règles particulières à certains étrangers.

§ 1^{er}. — Règle générale : la condition de l'étranger et celle du Français sont identiques.

70. Cette proposition, posée comme règle générale, est contraire, il ne faut pas se le dissimuler, aux idées presque universellement admises ; elle semble au premier abord inconciliable avec l'art. 11 du Code civil. J'ai déjà dit comment me paraissait devoir être entendu cet article ; et, si mon interprétation a paru conforme à la volonté du législateur, notre règle générale est par là même justifiée et démontrée exacte. — Nous avons ici à faire l'ap-

plication de cette règle, d'abord à différents droits, et puis à différents actes juridiques, c'est-à-dire à différents modes d'acquérir ou de perdre ou de modifier les droits. Ces droits et ces actes juridiques pour la plupart sont par la loi même, soit explicitement soit implicitement, déclarés accessibles aux étrangers.

Tous les droits que nos lois garantissent aux personnes me semblent pouvoir être ramenés à trois grandes divisions, savoir : droits réels ; droits personnels ou obligations ; droits de famille, qui empruntent à la fois des caractères des deux autres et qui ont aussi leurs caractères propres.

71. Les droits réels sont : 1° la propriété (et je comprends sous la même dénomination non-seulement la propriété proprement dite, mais encore la copropriété et le droit de superficie, et de même la propriété sous condition suspensive ou résolutoire) ; 2° les servitudes prédiales ; 3° les servitudes personnelles ; 4° enfin les droits hypothécaires, considérés du moins sous un certain point de vue.

L'étranger peut avoir en France, et cela est évidemment supposé par la loi (C. civ., art. 3, 726 et 912), la propriété, la propriété même immobilière. Bien plus, il y a certaines natures de droits

réels, auxquelles on donne ordinairement le nom de propriété, à l'égard desquelles l'influence directe de la législation positive est de toute évidence, qui, soit dans leur principe et dans leur cause créatrice, soit dans leur objet et dans l'étendue de leurs effets, ont quelque chose de particulier et d'arbitraire, et qui cependant sont formellement accordés à l'étranger par le législateur. Tel est le droit qu'on désigne sous le nom de *propriété littéraire* (1). Tel est encore le droit de propriété d'une mine (2). A l'égard de ce dernier droit surtout, si le législateur ne se fût pas formellement exprimé, il est certain qu'on aurait soutenu avec une certaine apparence de raison que l'étranger ne pouvait être concessionnaire d'une mine : car, sans doute une fois que la concession a été faite par le gouvernement, il y a là une propriété qui se transmet comme tout autre droit aux héritiers ; mais celui qui le premier est investi de ce droit obtient une véritable faveur de la loi positive, de la loi propre à la société dans le territoire de laquelle existe la mine à exploiter.

L'étranger peut donc avoir la propriété dans un

(1) Décret du 5 février 1810, art. 40.

(2) Loi du 24 avril 1810, art. 43.

sens fort large, exactement comme un Français. De ce qu'il peut avoir la propriété immobilière, il est bien permis de conclure qu'il peut également jouir des servitudes réelles que notre loi française reconnaît et protège : car une servitude n'est qu'une partie de la propriété. D'ailleurs ces servitudes étant dues par un fonds à un fonds, la qualité personnelle du possesseur n'est d'aucune importance à examiner : peu importe que ce possesseur soit capable ou incapable, Français ou étranger, même mort civilement.

Quant aux servitudes personnelles, à celles dans lesquelles le droit qui est détaché de la propriété l'est pour l'avantage spécial d'une personne déterminée, et non pas pour l'avantage d'un fonds, c'est-à-dire d'une personne en tant que propriétaire d'un certain fonds, on ne s'est jamais avisé de ressusciter dans notre droit les anciennes idées romaines qui considéraient l'usufruit et l'usage comme étant du droit civil, tandis que l'habitation était du droit des gens, *potius facti quàm juris*. Nul doute donc que chez nous l'étranger ne puisse avoir un droit d'usufruit ou un droit d'usage aussi bien qu'un droit d'habitation.

Il faut de même admettre sans difficulté que l'é-

tranger peut avoir en France la qualité d'emphytéote et celle de locataire d'immeubles, soit que nous devions voir dans l'un et l'autre de ces droits un droit réel ou un simple droit de créance.

Enfin, quant à l'hypothèque, il y aurait encore, s'il est possible, moins de raison pour en exclure les étrangers que pour leur refuser la jouissance de tous les autres droits réels. En effet il ne s'agit point pour le créancier hypothécaire d'avoir à sa disposition plus ou moins complète une partie du territoire français ; il s'agit seulement d'avoir une garantie de tel ou tel droit personnel né d'un contrat, d'un acte qui a toujours été considéré comme étant éminemment *juris gentium*. Sans doute l'hypothèque est une institution qui présuppose un état de civilisation assez avancé ; mais j'ai déjà essayé plus d'une fois de montrer que notre législation actuelle est tout à fait contraire à ce prétendu principe que l'étranger doit être exclu de tout ce qui est directement créé par la loi positive, principe qu'on est toujours réduit en dernière analyse à fonder sur un état où il n'y avait entre les hommes ni société ni lois, principe qui repose par conséquent sur une pure chimère. Ce qui est certain, c'est qu'il y aurait quelque chose de contradictoire

de la part du législateur à déclarer incapable d'avoir une hypothèque celui à qui l'on permet d'être propriétaire d'immeubles.

En parcourant les divers démembrements de la propriété, nous avons toujours supposé qu'ils appartaient à l'étranger, que par exemple l'étranger était usufruitier, usager, propriétaire d'un fonds dominant, etc. En sens inverse, personne n'a jamais contesté que l'étranger, qui peut avoir la pleine propriété, puisse aussi avoir la propriété moins tel ou tel de ses démembrements, par exemple être nu propriétaire, propriétaire d'un fonds servant, etc. Et de même il est incontestable qu'il peut avoir la propriété sous condition ou un démembrement sous condition.

72. Nous arrivons, à propos de ces droits réels dont l'étranger est capable aussi bien que le Français, à un autre ordre d'idées. Le législateur français permet à l'étranger d'avoir en France des droits de propriété, d'usufruit, etc. ; maintenant à quelle loi nous en référer pour fixer le sens précis et l'étendue véritable de ces droits que la France reconnaît dans d'autres que ses enfants ? Est-ce à la loi française, ou bien est-ce à la loi de cet étranger propriétaire, usufruitier, etc. ? Supposons que

d'après la loi prussienne le droit le plus absolu que l'on puisse avoir sur les choses ne soit pas exactement ce qu'est chez nous la propriété : le Prussien qui acquiert une chose en France aurait-il, vis-à-vis de cette chose, les facultés que la loi prussienne donne au propriétaire, ou bien devrait-il, pour connaître l'étendue de son droit, consulter uniquement les dispositions de la loi française ? En ce qui touche les immeubles, il ne peut pas y avoir de doute : nous trouvons la réponse dans l'art. 3 du Code civil, qui nous dit que les immeubles même possédés par des étrangers sont régis par la loi française. En effet, les lois réelles ou territoriales, considérées dans leur objet, sont principalement celles qui s'occupent du règlement et de l'organisation de la propriété foncière, et de ses diverses modifications ; et c'est un principe certain que parler de lois réelles, c'est parler de lois en vigueur dans le pays de la situation des biens, abstraction faite de la nationalité de celui qui a des droits sur ces biens. D'ailleurs, du moment que nous considérons un État indépendant, il est évident *à priori* que les diverses parties de son territoire, aussi bien que toutes les personnes qui en sont membres, ne doivent en principe être

soumises à d'autres lois qu'aux lois de cet État même ; car c'est là l'autonomie presque tout entière. Notamment en ce qui concerne le territoire, l'ordre public est toujours plus ou moins intéressé à ce qu'aucune portion du sol national ne puisse être l'objet de droits qui ne seraient pas reconnus par les lois de l'État dont dépend ce territoire.

En conséquence, il faut consulter la loi française, et uniquement la loi française, pour savoir quels biens sont immeubles en France, et quelle est la nature précise des différents droits réels que les personnes, étrangères ou françaises, peuvent avoir sur ces biens. Il nous suffira de donner quelques exemples, quelques cas d'application de ce principe général. Ainsi, d'abord, d'après la loi française, les immeubles se subdivisent en trois classes énumérées dans l'art. 517 du Code civil, et il y a quelque importance pratique dans cette distinction, notamment en ce qui concerne l'hypothèque (C. civ., art. 2119) : l'immeuble de France appartenant à un étranger rentrera nécessairement dans l'une ou dans l'autre de ces trois classes, et on appliquera les règles particulières posées par la loi française à l'égard de cette classe, sans s'inquiéter le moins du monde de la manière

dont la loi du pays du propriétaire subdivise les immeubles et de l'importance pratique qu'elle fait découler de sa subdivision.

En second lieu, des portions de notre sol ne pourront jamais être grevées, entre les mains de qui que ce soit, de certains droits honorifiques, comme il en existe aujourd'hui encore dans quelques pays qui ont conservé un système féodal. Par exemple, nous ne reconnâtrons jamais de services fonciers interdits par l'art. 686 du Code civil : deux propriétaires voisins, même étrangers tous les deux, ne pourront jamais valablement convenir qu'à perpétuité le propriétaire du fonds A fera des travaux sur le fonds B ; que le propriétaire du fonds B aura le droit d'aller se promener ou le droit de chasse sur le fonds A, etc.

Enfin nous avons vu que sans difficulté l'étranger peut avoir en France, non-seulement une propriété incommutable, mais encore une propriété sous condition. D'une part il va de soi qu'il faut toujours qu'il s'agisse d'une condition licite aux yeux de notre législateur : ainsi évidemment les substitutions prosrites par la loi française, les droits de réméré en dehors des limites posées par l'art. 1660 du Code civil, ne peuvent en aucun cas

exister sur des immeubles de France, même appartenant à des étrangers. D'autre part, il y a certains cas où l'étranger ne pourra être propriétaire en France que sous une condition établie par le législateur lui-même, que sous une condition apposée par la loi française au droit des personnes qui ont acquis dans des circonstances déterminées, encore bien que la loi du pays de cet étranger n'affecte aucunement ou affecte autrement la propriété des personnes qui ont acquis de la même manière : je veux faire allusion au cas où l'étranger se trouve propriétaire en vertu d'une donation qui lui a été faite soit par son ascendant, soit par une personne à la succession de laquelle il est appelé avec d'autres, soit enfin par une personne qui en consentant cette libéralité a excédé les limites de la disponibilité que lui accordait notre loi française : dans tous ces cas l'étranger donataire aura une propriété résoluble et subira l'application des principes posés par le Code civil dans l'art. 747 et dans les chapitres relatifs aux rapports et à la réduction. Nous aurons, du reste, occasion de revenir sur ce point en considérant l'étranger au point de vue des dispositions à titre gratuit.

Nous n'avons encore recherché que l'étendue des droits réels que peut avoir un étranger sur les immeubles. En ce qui concerne les meubles, la similitude cesse à plusieurs égards entre la condition du Français et celle de l'étranger, et en conséquence nous ajournons l'examen de cette matière.

73. Après avoir reconnu que tous les articles de nos Codes qui déterminent quels droits réels on peut avoir sur les immeubles sont applicables aux étrangers aussi bien qu'aux Français, nous arrivons à rechercher comment ces divers droits peuvent exister dans la main d'un étranger, par quels modes un étranger peut les acquérir.

Tous les modes énumérés dans les art. 711 à 717 du Code civil me paraissent ouverts aux étrangers. C'est ce que personne ne conteste pour l'occupation, pour l'invention, pour les divers événements compris sous le nom générique d'accession, pour la succession et pour la donation soit entre-vifs soit testamentaire depuis la loi de 1819, enfin pour les contrats en tant que translatifs de droits réels. Mais il est encore des personnes qui vont répétant que l'étranger ne peut acquérir en France par prescription, parce que la prescription est une

institution du droit civil. C'est là une opinion qu'il m'est impossible d'admettre. D'abord pour tout homme qui ne se paye pas de mots, la prescription n'est point un mode spécial d'acquérir : c'est simplement une présomption légale qu'il y a eu acquisition soit par succession, soit par donation, soit par contrat ; or, comme d'une part tous ces modes sont ouverts à l'étranger, et comme d'autre part toutes les natures de preuves autorisées par la loi, doivent exister pour l'étranger par cela même qu'on lui reconnaît des droits, on ne voit pas pourquoi l'étranger ne pourrait pas invoquer la prescription, soit en matière de propriété, soit en matière de servitudes. Pour ceux qui objectent que le législateur ne s'est point préoccupé de cette idée, qui me semble cependant le seul moyen de rendre compte à l'intelligence du principe de la prescription, ou qui disent du moins que le législateur ne se pique pas toujours de tirer d'une règle toutes ses conséquences avec une rigueur mathématique, d'autres considérations se pressent en foule à l'appui du système que je défends.

D'abord, du moment que la loi permet à l'étranger d'être propriétaire, ne lui permet-elle pas

par là même de le devenir par tous les modes dont l'effet est de donner la propriété, sauf ceux qu'elle lui a interdits formellement? or lui a-t-elle interdit quelque part la faculté de prescrire, comme elle lui interdisait avant la loi de 1819 celle de succéder et de recevoir à titre gratuit? Que si l'on oppose le droit romain, il suffit de remarquer qu'à Rome le *peregrinus* ne pouvait pas usucaper, précisément parce qu'il ne pouvait pas avoir le *dominium ex jure Quiritium*. Mais chez nous il n'y a pas deux espèces de propriété; et dire que l'étranger peut être propriétaire, c'est implicitement poser en règle générale qu'il peut acquérir la propriété par tous les modes auxquels notre loi donne l'effet de la faire acquérir. — D'ailleurs, la loi, qui a permis à l'étranger d'être propriétaire, n'a certainement pas voulu lui donner un droit illusoire, un droit sans garanties: elle a voulu lui donner le même droit de propriété qui appartient aux Français; or, il faut en convenir, si l'étranger ne pouvait consolider son droit par la prescription, avec notre système de translation de la propriété il n'oserait jamais exercer un droit absolu sur la chose, parce que jamais il ne serait sûr d'être à l'abri de l'éviction.

D'un autre côté, quel est le but de la loi en instituant la prescription ? Ce n'est certainement pas de récompenser le prescrivait ; ou du moins ce serait plutôt de punir l'ancien propriétaire, qui par sa négligence se montre indigne de son droit , et qui de plus nuit indirectement à la fortune et à la prospérité publique : donc peu importe la qualité du possesseur qui a accompli toutes les conditions de la loi.

Enfin il y a un cas où il est véritablement impossible de refuser à l'étranger le bénéfice de la prescription : c'est le cas où il s'agit d'une servitude apparente et continue. Je suppose deux héritages voisins, dont l'un bâti et l'autre cultivé. Le propriétaire du premier ouvre des fenêtres dans le mur séparatif, il établit des balcons qui s'avancent sur le fonds voisin : est-ce que dans un cas pareil on peut raisonnablement soutenir que la prescription n'aura pas lieu à cause de la qualité d'étranger du propriétaire du bâtiment ? N'est-ce donc pas en réalité le fonds lui-même qui possède la servitude et qui prescrit ? peut-il être permis de dire que le propriétaire du fonds sur lequel sont faits ces empiétements ne risquera rien à se tenir tranquille tant que son voisin sera un étranger , mais qu'il

aura besoin d'interrompre la prescription dès que cet étranger aura vendu à un Français, toutes choses d'ailleurs restant extérieurement dans le même état? Cette dernière conséquence, qui est rigoureuse, me semble véritablement absurde et suffisante par conséquent pour faire admettre en cas pareil la possibilité de prescrire sans s'inquiéter de la nationalité du propriétaire actuel du bâtiment. Maintenant, si une servitude prédiale peut ainsi être prescrite au profit d'un étranger, pourquoi la prescription de la pleine propriété, qui est certainement moins défavorable, lui serait-elle refusée?

74. Par quelle loi allons-nous réglementer chacun de ces modes d'acquérir lorsqu'il s'agira d'en faire profiter un étranger? Ici il peut, suivant les circonstances, y avoir conflit entre trois lois, savoir : la loi de la situation des biens dont l'acquisition est en jeu, la loi du lieu où s'accomplit l'acte investitif, enfin la loi du pays de l'étranger; et il peut se présenter tel cas où chacune de ces trois lois devra avoir sa part d'application et d'influence. Nous ne nous occupons pour le moment que de chercher la part d'application de la loi de la situation des biens et de la loi du lieu de l'acte; nous ajour-

nons ce qui est relatif à l'application de la loi domiciliaire de l'étranger, parce que cette application constitue une différence entre la condition de l'étranger et celle du Français.

Remarquons avant tout que le 2° de l'art. 3 du Code civil s'applique encore ici, tout aussi bien que lorsqu'il s'agissait de déterminer la nature et l'étendue des droits réels que l'on peut avoir sur les immeubles : il y a ici même raison pour appliquer à la lettre le principe qui veut que la loi de tout État autonome régisse les diverses portions du territoire de cet État : l'ordre public est tout aussi intéressé à ce qu'on n'acquière de droits sur les immeubles que conformément à la loi française qu'il est intéressé à ce qu'on n'ait pas sur les mêmes immeubles des droits réprouvés par les principes de notre organisation sociale. En conséquence, il va sans difficulté que l'étranger n'acquiert en France par occupation, par invention, par accession, que dans les circonstances et avec les limitations prévues par la loi française. Ainsi, pour lui comme pour le Français, l'occupation sera un mode d'acquérir proscrit en règle générale, autorisé seulement dans des cas exceptionnels ; pour lui comme pour le Français, le trésor découvert dans le fonds

d'autrui devra être partagé avec le propriétaire de ce fonds, etc.

Que décider quant à l'acquisition par succession *ab intestat* ? Il semble raisonnable au premier abord de permettre l'application de la loi domiciliaire du *de cuius*, encore bien que la succession comprenne des immeubles situés en France. En effet, d'un côté le droit de succession en lui-même n'est jamais, à proprement parler, une chose immobilière; c'est au contraire (surtout dans les idées de la législation nouvelle) une relation juridique, personnelle en ce sens qu'elle détermine le passage d'une personne à une autre d'un ensemble de droits, soit actifs soit passifs, abstraction faite de la nature particulière de chacun de ces droits. D'un autre côté, n'y aurait-il pas quelque chose de choquant et de bizarre à ce que la succession d'une personne qui avait des biens situés dans deux ou dans plusieurs pays différents fût dévolue, non en conformité des principes d'une loi unique, mais suivant les dispositions peut-être contradictoires de deux ou de plusieurs législations, en sorte que le *de cuius* se trouvât laisser autant de successions diverses que d'immeubles situés dans des pays différents ? D'ailleurs, peut-on ajouter, sans doute il

importe à la France que la constitution territoriale ne soit pas régie par une loi étrangère ; mais quand il s'agit de la simple transmission, quel intérêt national pouvons-nous avoir à ce que la succession d'un étranger qui laisse des biens en France soit recueillie par Pierre plutôt que par Paul. Il y a même plus : il semble que se préoccuper ici du système de succession établi par la loi de la situation des biens, c'est aller contre l'esprit du législateur de 1819 : le but de ce législateur en effet a été d'engager les étrangers à acquérir des biens en France ; or les étrangers se décideront difficilement à faire ainsi des acquisitions dans notre pays, s'ils savent qu'à leur mort ces biens ne passeront pas naturellement aux personnes que les mœurs et les lois de leur pays leur donnent pour héritiers *ab intestat*.

Malgré ces considérations, je crois, avec la généralité des auteurs et avec la jurisprudence, que c'est la loi française qui doit régir la dévolution de la succession de l'étranger quant aux biens situés en France. En effet toute loi de succession est une loi politique, une loi qui intéresse l'ordre public : le droit privé en matière de succession se plie toujours aux données du système de gouvernement en

vigueur; et, suivant que le gouvernement est un gouvernement de privilège ou un gouvernement national, dans la loi de succession on voit régner l'idée de privilège ou l'idée d'égalité. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir les différentes lois sur les successions qui ont été admises en France aux diverses époques de notre histoire: toutes apparaissent, d'une manière plus ou moins frappante, comme des instruments dont se sert le souverain pour faire prédominer tel ou tel grand principe d'organisation politique ou sociale. Aujourd'hui par exemple notre loi sur les successions tend évidemment, et avec grande raison, à morceler les propriétés, à prévenir la concentration sur une même tête d'une richesse excessive, soit dans l'intérêt de l'agriculture, soit dans l'intérêt de l'égalité de droits entre les personnes: il y a par conséquent un intérêt public à ce que notre loi française saisisse toute succession laissée en France, par quelque personne que ce soit. — C'est là d'ailleurs un principe qui appartient éminemment à notre droit national, puisqu'on le trouve enraciné jusque dans les vieilles coutumes des Germains. Voici en effet ce que nous lisons dans le Miroir de Saxe: « *Erbe nimmt man nach des Landes Recht, und*

« *nicht nach des Mannes Recht* » (1).—En résumé, nous appliquerons donc à la succession laissée en France par un étranger toutes les dispositions du titre 1^{er} du 3^e livre de notre Code civil, sauf celles en petit nombre qui ont trait à des questions de capacité, comme par exemple l'art. 776.

Nous arrivons aux donations soit entre-vifs soit testamentaires, et nous nous demandons par quelle loi il faut régir la disposition à titre gratuit d'immeubles situés en France dans laquelle est intéressé un étranger. Commençons par mettre de côté, comme précédemment, tout ce qui concerne la capacité, considérée soit dans la personne du disposant soit dans la personne du donataire, parce qu'à cet égard ce n'est pas la même loi qui s'applique à l'étranger et au Français. Nous plaçant ainsi en dehors de toute question de capacité, si nous décomposons cet acte complexe qui constitue la disposition à titre gratuit, nous trouvons là dès le premier abord deux ordres d'idées bien distincts, savoir : d'une part la substance, c'est-à-dire l'objet et les effets de la disposition ; et d'autre part les formalités nécessaires pour qu'elle soit parfaite.

En ce qui concerne la substance, il faut consul-

(1) Édit. Homeyer, 1, 30.

ter uniquement la loi de la situation des biens, sans examiner ce que décide soit la loi du domicile des parties soit la loi de la passation de l'acte. Ainsi supposons que le propriétaire d'un immeuble situé en France veuille en disposer par donation entre-vifs ou testamentaire : quelle que soit la nationalité des parties, en quelque lieu que soit passé l'acte, c'est dans la loi française qu'il faudra rechercher par exemple quelles conditions peuvent être apposées à la libéralité et quel est l'effet des conditions apposées, quelles restrictions sont mises à la faculté de disposer, soit dans l'intérêt de certains héritiers, soit dans l'intérêt de l'égalité que le *de cujus* lui-même est toujours présumé avoir voulu exister entre ses successibles. C'est encore la loi française qui déterminera dans quels cas la donation entre-vifs peut par exception être révoquée et quels sont les effets de la révocation suivant les cas. Nous déciderons tout autrement quand il s'agira des obligations conventionnelles ordinaires : nous réglerons l'effet des contrats en général par la loi du lieu où le contrat s'est formé ; nous rescinderons les engagements conformément à la loi du lieu où ils sont nés. Quelle est la raison de cette différence ? C'est que, quand il s'agit de donner

un immeuble situé en France, tout est de droit étroit, la liberté des parties est très-circonsrite, presque toutes les dispositions qu'on trouve à cet égard dans la loi sont impératives ; tandis qu'en matière de contrats les articles de loi sont presque uniquement interprétatifs, il est toujours permis aux parties de se soustraire aux règles qu'ils posent, et il est raisonnable de penser que les parties (surtout si elles appartiennent à deux nations diverses) ont entendu se référer à la loi de la formation du contrat. (C. civ., art. 1159.) Du reste, même en matière de donation ou de testament, toutes les fois qu'il s'agira d'une pure question d'interprétation de volonté, je crois que ce ne sera plus à la loi de la situation qu'il faudra recourir : dans le cas de donation entre-vifs les interprétations devront être puisées dans la loi domiciliaire des parties si elles sont toutes deux domiciliées dans le même État, dans la loi du lieu où est consommée la donation si elles n'appartiennent pas à la même nation ; quant au cas de testament, on devra raisonnablement chercher des lumières, pour expliquer les expressions et les clauses obscures ou ambiguës, dans la loi du domicile du testateur.

En ce qui concerne les formalités, ce qui com-

prend la solennité ou la preuve et la publicité, on peut poser en principe qu'il faut encore consulter la loi de la situation du bien qui est l'objet de la disposition. Ainsi nul doute que la donation entrevifs d'un immeuble situé en France ne puisse jamais être faite que par acte authentique [et avec l'acceptation expresse du donataire; nul doute encore que toute donation d'immeubles, que toute substitution permise ne soient assujetties, pour être efficaces contre tout le monde, à la formalité de la transcription au bureau des hypothèques de la situation. Il y a cependant, en ce qui concerne les formalités nécessaires pour la validité de l'acte de donation, une dérogation à l'application de la loi réelle, dérogation que l'utilité des particuliers, que la nécessité même a fait introduire : je veux parler de la règle *Locus regit actum*. J'ai dit que toute donation d'immeubles situés en France, quelle que soit la nationalité du donateur et du donataire, doit être en forme authentique; mais si nous supposons que la donation intervient en pays étranger, cette authenticité de l'acte ne pourra-t-elle résulter que de sa réception par deux notaires ou par un notaire et deux témoins? S'il en était ainsi, autant vaudrait prohiber les donations

d'immeubles de France faites en pays étranger : car il n'y a peut-être pas de pays où il existe des officiers publics investis sous tous les rapports du même caractère et des mêmes attributions que nos notaires. Alors on appliquera la règle *Locus regit actum*, c'est-à-dire que l'authenticité résultera des mêmes formes qui sont prescrites par la loi du lieu où l'on se trouve et que l'on accomplira par-devant la personne déclarée compétente par cette loi. Cette règle est même formellement consacrée par notre Code civil, en ce qui touche les testaments, dans l'art. 999. Cet article ne parle expressément que du Français ; mais, du moment que nous reconnaissons à l'étranger le droit de tester, il n'y a pas de raison pour l'exclure du bénéfice de cette disposition. Cette disposition, du reste, est extrêmement générale ; et, quelle que puisse être la forme qu'exige la loi du lieu où est fait le testament pour procurer l'authenticité aux actes, cette loi se contentât-elle par exemple d'une déclaration verbale faite devant un certain nombre de témoins, il suffira de s'être conformé au protocole prescrit par cette loi pour avoir valablement légué des biens situés en France.

Le contrat est encore un mode par lequel un

étranger peut acquérir ou aliéner des biens situés en France. Mais ici il devient véritablement important de distinguer quelle est la nationalité des différentes personnes intéressées dans le contrat et quelle est la loi en vigueur dans le lieu où le contrat est formé. Le principe du Code civil, qui décide que la propriété est transférée par le contrat même, n'est rien autre chose qu'une interprétation de la volonté présumée des parties, et il n'est pas douteux que ce principe ne doive rester sans application partout où apparaîtra clairement une volonté contraire. Cette volonté contraire peut d'abord être expresse ; elle peut aussi résulter des circonstances. Ainsi, que deux Anglais fassent ensemble, soit en Angleterre, soit même en France ou dans tout autre pays, le contrat de vente d'un immeuble situé en France : je crois qu'en l'absence de toute déclaration formelle de leur part ils doivent être présumés avoir voulu se référer à la loi anglaise pour déterminer quel est l'événement qui opère la mutation de propriété : c'est là la loi qu'ils connaissent avant toute autre, c'est celle dont les dispositions leur sont vraisemblablement les plus familières. Au contraire, que le contrat s'accomplisse entre deux personnes domiciliées dans

des pays différents : il sera raisonnable de croire qu'elles ont voulu s'en rapporter à la loi du lieu de la conclusion du marché ; car c'est probablement dans ce lieu qu'elles ont consulté des gens instruits, des jurisconsultes, etc. — Je ne crois donc pas qu'en cette matière la loi de la situation de l'immeuble objet du contrat doive jamais, en tant que loi de la situation, être appliquée comme réglant les effets de l'acte : car il ne s'agit plus, comme au cas de succession ou de donation, d'une question qui touche à l'organisation publique de la France : la volonté des parties est ici souveraine, et c'est en réalité cette volonté que l'on cherche quand on consulte la loi.

75. Il reste à nous demander comment le droit de propriété, une fois acquis par un étranger, pourra en règle générale être prouvé par lui. Pas de difficulté toutes les fois que l'acquisition s'est faite à titre gratuit, par donation ou par testament : nous avons vu que l'étranger ne peut alors administrer qu'une preuve conforme aux dispositions de la loi réelle qui exigent des formes solennelles, sauf l'application de la maxime *Locus regit actum* pour déterminer d'où résulte l'authenticité. Dans tous les autres cas, alors qu'il s'agit d'une simple

question de preuve et que la loi réelle n'exige aucune solennité, on appliquera uniquement cette maxime *Locus regit actum* : on verra quel genre de preuves, d'après l'importance du droit ou d'après les circonstances où l'on se trouve, est admis par la loi du lieu dans lequel s'est passé l'acte qui, soit immédiatement soit médiatement, donne la propriété. — Cela est vrai pour la preuve littérale et pour la preuve testimoniale. Mais quant aux présomptions et quant au serment, je crois qu'il faut décider en général en ce qui les concerne comme en ce qui concerne les exceptions de procédure, c'est-à-dire qu'il faut consulter la loi du lieu où l'exécution est poursuivie : c'est par exemple ce que je déciderais sans difficulté à l'égard de la présomption légale qui résulte de l'autorité de la chose jugée. Maintenant il y a certaines présomptions qu'il faut évidemment régir par la loi de la situation de l'immeuble dont on s'occupe. Telle est d'abord la prescription à l'effet d'acquérir. Le 2° de l'art. 3 du Code civil s'applique en effet naturellement à tout ce qui concerne la possession des immeubles : c'est donc la loi française qui détermine quand le possesseur, même étranger, peut invoquer les actions possessoires, quand il peut se

prévaloir de la prescription. De même, j'appliquerais la loi de la situation en ce qui touche les présomptions légales posées par les art. 720 à 722, 911 et 1100 du Code civil, parce que ces présomptions rentrent dans le système général des successions et des donations, lequel, ainsi que nous l'avons vu, est gouverné, pour les étrangers comme pour les Français, par la loi de la situation des biens, c'est-à-dire par la loi française.

76. Tout ce que nous venons de dire du conflit des lois en ce qui touche la manière dont un étranger peut acquérir et prouver le droit de propriété sur des immeubles de France s'applique sans difficulté aux démembrements de la propriété, ainsi aux servitudes soit réelles soit personnelles. Cependant en ce qui concerne l'hypothèque, il y a une observation à faire. Lorsque l'événement constitutif de l'hypothèque, — contrat ou jugement, — intervient en France, l'étranger au profit de qui naît le droit hypothécaire doit se conformer à toutes les conditions prescrites par la loi du lieu de la situation de l'immeuble, c'est-à-dire par la loi française : ainsi son droit n'est jamais vivifié que par l'inscription, et au cas d'hypothèque conventionnelle le contrat doit être en forme authentique.

Supposons maintenant que l'événement qui est la cause première de l'hypothèque s'accomplisse en pays étranger : alors sans doute nous devons appliquer encore la loi réelle, exactement comme au cas de donation faite en pays étranger d'un bien situé en France. Mais cela ne sera pas suffisant, pas plus pour le Français que pour l'étranger : l'hypothèque consentie en pays étranger ne peut avoir d'effet sur un immeuble situé en France, sauf disposition contraire contenue dans les lois politiques de la France ou dans un traité conclu avec le pays étranger dont il s'agit ; et quant aux jugements rendus par les tribunaux étrangers, ils peuvent emporter hypothèque sur les biens de France, mais à condition seulement qu'ils auront été déclarés exécutoires par un tribunal français, sauf toujours le cas de dispositions contraires contenues dans les lois politiques ou dans un traité. (C. civ., art. 2123 et 2128.)

Comment justifier une distinction d'où il résulte que la même personne qui pourrait, étant à l'étranger, aliéner la pleine propriété de son immeuble de France ne peut pas, tant qu'elle est hors de France, aliéner cette portion de son droit que nous appelons hypothèque ? Le motif de cette dis-

inction faite par la loi, c'est la crainte d'attribuer aux gouvernements étrangers sur les immeubles de France un droit de souveraineté qui ne peut appartenir qu'au gouvernement français et aux officiers institués par lui : on n'a pas voulu qu'un officier public étranger pût imprimer à un acte un caractère tel que cet acte fût suffisant pour permettre l'expropriation d'un immeuble situé en France : le droit de faire saisir et vendre un immeuble de France ne peut être conféré à un particulier que par le gouvernement français ou par ses délégués légitimes. — Mais, pourrait-on dire, est-ce que la force exécutoire, c'est-à-dire ce droit de faire saisir et vendre résulte jamais de l'hypothèque ? est-ce que le créancier hypothécaire qui exproprie son débiteur le fait en vertu de son hypothèque ? n'est-ce pas simplement en vertu de sa créance revêtue de certaines formes ? Pour répondre à cette objection, il faut distinguer dans le droit d'hypothèque deux choses bien distinctes, le droit de préférence et le droit de suite. Si le droit d'hypothèque était seulement le droit de préférence, si le droit d'hypothèque ne pouvait s'exercer que contre le débiteur, alors il me serait impossible d'expliquer logiquement le système

consacré par le Code civil dans les art. 2123 et 2128 ; je serais obligé de remonter à l'ancien droit, et de dire que les rédacteurs de ces articles ont confondu la force exécutoire et l'hypothèque, parce que dans l'ancien droit l'une n'allait jamais sans l'autre, tout acte public emportant toujours de plein droit et l'hypothèque et le droit d'exproprier. Mais il ne faut pas perdre de vue que dans l'hypothèque, à côté du droit de préférence existe le droit de suite : évidemment le créancier hypothécaire qui exproprie l'immeuble entre les mains d'un tiers détenteur puise ce droit, non pas dans sa créance, mais uniquement dans son hypothèque. On comprend donc que la loi décide quant à l'hypothèque ce qu'elle décide quant à la force exécutoire, puisque l'hypothèque considérée comme droit de suite donne véritablement le droit de saisir une partie du sol.

77. Nous n'avons rien à dire en ce qui concerne l'extinction des droits réels dans la personne de l'étranger : aujourd'hui sa position à cet égard est exactement la même que celle du Français.

Remarquons, en terminant ce qui concerne cette première classe de droits, qu'il est des cas où notre loi donne directement et par sa seule puis-

sance tel ou tel droit réel à une personne, en considération de son état, de sa qualité vis-à-vis d'une autre. Nous chercherons un peu plus loin si l'étranger pourrait toujours invoquer à cet égard les dispositions de la loi française.

78. Après avoir examiné la condition de l'étranger sous le rapport des droits réels, nous arrivons à l'examiner sous le rapport des obligations. Ici le problème est peut-être plus compliqué encore que précédemment, parce qu'il arrive souvent en cette matière, indépendamment même de toute question de capacité, qu'à l'occasion du même acte juridique il faudra consulter les dispositions de deux ou de trois lois diverses et rechercher quelle influence chacune de ces lois peut exercer sur l'étendue et même sur l'existence de l'obligation qui dérive de l'acte dont il s'agit.

Constatons, avant tout, que nos lois reconnaissent à l'étranger la faculté d'être créancier ou débiteur, même vis-à-vis d'un Français. Le Code civil ne contient à cet égard aucun article exprès ; mais plusieurs de ses dispositions supposent qu'il en est ainsi. Par exemple, l'art. 15 permet aux étrangers de traduire les Français devant les tribunaux de France pour les obligations contractées en-

vers eux, même en pays étranger; et l'art. 16 suppose que l'étranger peut être demandeur devant nos tribunaux en toutes matières. Il y a spécialement une certaine nature de droits personnels qu'il est impossible de refuser aux étrangers: je veux parler des actions dans les sociétés anonymes; le décret du 16 janvier 1808 décide même formellement que les étrangers peuvent être actionnaires de la Banque de France.

L'étranger n'est pas seulement capable activement et passivement des obligations principales, de celles dont l'objet est ce que le créancier a spécialement et définitivement en vue: il est encore capable des obligations subsidiaires qui viennent garantir les autres et en assurer le payement. Ainsi l'étranger peut très-bien se porter caution, en donner ou en recevoir une, se trouver débiteur ou créancier solidaire, de même qu'il peut également consentir ou recevoir une hypothèque, un gage, une antichrèse.

Maintenant, sous l'empire de quelle loi mettrons-nous cette obligation qui peut ainsi exister soit à la charge soit au profit d'un étranger? Il faut ici soigneusement distinguer deux choses: 1° ce qui dans l'obligation est laissé à la libre volonté des

parties ; 2° ce qui est directement l'œuvre de la puissance publique , comme par exemple tout ce qui est relatif à l'exécution forcée de l'obligation.

D'abord , quant à ce qui , soit dans la nature soit dans l'objet de l'obligation , est abandonné par toutes les législations à la volonté des parties , quelle est la loi dont les dispositions nous serviront à suppléer le silence de ces parties , à interpréter ce qu'il peut y avoir d'inexact ou d'incomplet dans l'expression de leur volonté ? Pour la solution de cette question , je crois qu'il suffit de rechercher entre quelles personnes et dans quel pays l'obligation s'est formée. Toutes les fois que l'obligation se sera formée en France , entre un étranger et un Français ou entre deux étrangers de pays différents , l'obligation sera régie par la loi française , c'est la loi française qu'on interrogera pour compléter la pensée des parties : tel est le sentiment à peu près unanime des auteurs , fondé d'abord sur la faveur due au Français , fondé ensuite sur ce qu'entre deux personnes de diverses nations qui sont obligées l'une envers l'autre on ne voit pas de raison pour appliquer plutôt la loi du créancier ou plutôt celle du débiteur : il est raisonnable de présumer alors que les personnes se sont

référées à la loi du lieu où elles ont fait l'acte, parce que c'est vraisemblablement dans ce lieu qu'elles ont pris des renseignements sur la portée de cet acte. Mais il n'en serait plus de même si l'obligation s'était formée entre deux étrangers ayant leur domicile dans le même pays ou, en d'autres termes, obéissant à la même loi personnelle : dans ce cas il serait raisonnable de supposer qu'au moment de l'acte qui a créé l'obligation les parties entendaient que cette obligation serait régie par la loi de leur domicile.

Au contraire, quant à tout ce qui, en matière d'obligation est enlevé à la libre direction des particuliers et réservé à l'appréciation de la puissance souveraine, c'est au législateur du pays où l'exécution peut avoir lieu qu'il appartient de prononcer. Cette règle reçoit particulièrement son application en ce qui concerne les formes suivant lesquelles un créancier peut triompher avec le secours de la force publique de la mauvaise volonté de son débiteur, et aussi en ce qui concerne les privilèges que presque toutes les législations attachent à la qualité de certaines créances. Ainsi ces privilèges que le Code civil attribue à quelques créances favorables profiteront à l'étranger qui

réside sur notre territoire, à la charge pour lui bien entendu de remplir toutes les conditions de publicité qui sont suivant les cas prescrites dans l'intérêt des tiers : ils lui profiteront, dans les termes des art. 2101 à 2103, toutes les fois que, pour une cause ou pour une autre, sa créance, même née en pays étranger, recevra exécution en France. En effet, d'une part la qualité de la créance, considérée comme donnant le privilège, est dans l'esprit de la loi quelque chose de tout à fait indépendant de la qualité personnelle du créancier : il y a à considérer si la créance dont on parle est par exemple la créance du prix dû par l'acheteur au vendeur, et nullement si le vendeur est capable ou incapable, Français ou étranger : du moment que nous permettons à une personne d'avoir telle créance, qui par sa nature est privilégiée, nous devons dire que le privilège existe dans la main de cet étranger. Et puis d'autre part la qualité de la créance ne se présente comme utile à considérer sous ce point de vue qu'au moment où il s'agit pour le créancier de se faire payer par l'intervention de la force publique, c'est-à-dire à un moment où la loi du lieu où est née l'obligation, loi qui nous renseigne seulement sur ce qui a été ré-

glé par la volonté des parties, est sans application possible, puisque le privilège n'est point créé en principe par la volonté des particuliers.

79. Nous avons supposé un étranger créancier ou débiteur. Nous avons maintenant à nous demander comment l'obligation, soit active soit passive, a pu prendre naissance en sa personne.

D'abord, évidemment pour notre loi française la qualité d'étranger n'est point un obstacle à ce qu'une personne puisse contracter. Tous les contrats chez nous sont du droit des gens; et même les contrats qu'on appelle *solennels*, tels que le contrat de mariage et la constitution d'hypothèque, sont incontestablement permis à l'étranger: car ce serait vouloir faire reculer notre droit vers la barbarie que de dire que, du moment qu'une institution comporte certaines formes essentielles, destinées principalement en définitive à protéger les parties, le bénéfice de cette institution doit être refusé à l'étranger; nous savons d'ailleurs que la donation entre-vifs, qu'on pourrait appeler l'acte solennel par excellence, est formellement permise à l'étranger. — Pas de difficulté non plus en ce qui concerne le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit:

l'étranger peut sans aucun doute devenir créancier ou débiteur par tous ces modes.

Enfin, tous les modes d'extinction énumérés dans l'art. 1234 du Code civil me paraissent également applicables à l'étranger, soit activement soit passivement. Quelques personnes voudraient lui refuser le droit d'invoquer la prescription ; mais il y a au moins autant de raison d'admettre l'étranger à prescrire sa dette que de l'admettre à prescrire un droit réel par la possession.

Reste à nous demander par quelle loi nous réglerons les divers modes d'acquisition et d'extinction des droits personnels dans la main d'un étranger. Déjà incidemment nous avons vu la réponse à cette question. Quant à la substance de l'acte investitif ou dévestitif, c'est-à-dire quant au mode d'acquisition ou d'extinction considéré en lui-même, et dans ses effets naturels et directs, il faut consulter la loi du lieu où cet acte s'est passé, toujours à condition que les effets de cet acte n'aient rien de contraire à l'ordre public du pays où doit avoir lieu l'exécution, et sauf ce que nous verrons plus tard, en ce qui concerne le contrat de mariage ; et quant aux formalités extérieures, quant à la question de preuve, il n'y a qu'à se con-

former à la maxime *Locus regit actum*. — Il y a cependant un mode d'extinction relativement auquel il peut s'élever des difficultés : je veux parler de la prescription libératoire. Communément on dit que la prescription libératoire opposée en France par un étranger est sous l'empire des dispositions de la loi française : en effet, dit-on, c'est une sorte d'exception, c'est quelque chose qui ressemble à un moyen de procédure. Je crois qu'il est plus exact de dire que la prescription libératoire doit être réglée d'après la loi du lieu où s'est passé l'événement créateur de l'obligation : j'applique ici ma règle générale d'interprétation. N'est-il pas raisonnable en effet de penser qu'il a été tacitement entendu que l'action ne durerait qu'un certain temps déterminé par la loi du lieu où cette action est née ? J'ai contracté avec un Anglais en Angleterre, où je suppose que les obligations se prescrivent par vingt ans : n'est-ce pas comme si j'avais dit à mon débiteur que je devrais le poursuivre dans les vingt ans ?

Dans ce que nous venons de dire des droits personnels, nous avons toujours supposé que ces droits existent en la personne de l'étranger, par suite d'un fait de l'homme. Le Code civil reconnaît une au-

tre source des obligations, la volonté directe de la loi : cette source est-elle applicable à l'étranger ? Je crois qu'il faut dire que la loi française, en tant qu'elle crée par sa seule puissance des obligations proprement dites, mais non par exemple ce qu'elle appelle *engagements entre propriétaires voisins*, ne peut ni profiter ni nuire à l'étranger, à moins que les obligations qu'elle crée ainsi n'intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, comme serait par exemple l'obligation pour les enfants de respecter leurs père et mère, ou bien encore l'obligation de ne pas prêter à un taux usuraire. Mais, quant à toutes autres obligations légales qui seraient fondées uniquement sur la faveur dont notre loi a jugé telle personne digne vis-à-vis de telle autre, nous disons que la loi française ne régit pas du tout l'étranger, et qu'un étranger vis-à-vis d'un étranger ne sera soumis à ces obligations ou n'en profitera que conformément à sa loi domiciliaire ; c'est un point auquel nous reviendrons en parlant des droits de famille.

80. Enfin nous avons compris dans la troisième classe de droits ce que nous avons appelé les *droits de famille*. Nous embrassons sous cette dénomination générale : 1° ce qui est relatif à l'état, ainsi la

question de savoir si telle personne est majeure ou mineure, mariée ou célibataire, enfant légitime ou enfant naturel, etc.; 2° ce qui dérive de l'état, c'est-à-dire d'une part certaines obligations particulières, et d'autre part la capacité ou l'incapacité de la personne.

Quant à l'état, il est incontestable qu'aux yeux de la loi française l'étranger a l'état de père ou d'enfant légitime ou naturel, d'époux, etc., tout aussi bien que le Français. Seulement, comme nous le verrons plus tard, on laisse à la loi domiciliaire de l'étranger le soin de réglementer cet état, par exemple, de nous apprendre si tel est enfant légitime, époux, majeur ou mineur. — C'est encore la loi domiciliaire qui doit être consultée quant à la question de savoir si cet étranger en vertu de son état est capable ou incapable, sauf bien entendu en ce qui concerne la détermination de l'état même d'étranger et des conséquences de cet état. De même enfin, quant aux diverses obligations qui existent par exemple entre les père et mère et les enfants, entre le mari et la femme, même sous certains rapports entre proches parents ou alliés, comme tous ces droits attachés à l'état dérivent en général directement de la loi, nous n'aurons qu'à

appliquer à cet égard ce que nous avons vu un peu plus haut pour les obligations légales, c'est-à-dire que ces droits seront en la personne de l'étranger, ce que les fait sa loi personnelle, et non ce que les fait la loi française, sauf ce qui est commandé par le respect de l'ordre public français.

Maintenant, ces droits de famille peuvent exister, et plusieurs dispositions du Code civil le supposent, entre un Français et un étranger. Que décider alors relativement au règlement de ces droits? S'il y a divergence entre la loi française et la loi domiciliaire de l'étranger, laquelle devra être appliquée? Pourvu que la difficulté s'élève devant un tribunal français; on appliquera la loi française, parce que dans l'impossibilité de concilier les deux intérêts qui peuvent être en présence, les juges français doivent s'en rapporter à ce qui est pour eux la raison écrite. Ainsi d'étranger à Français nous pensons qu'on doit toujours appliquer la loi française, quand le droit dont il s'agit ne tient pas à une question de capacité ou d'incapacité en la personne de l'étranger. Par exemple supposons que la législation anglaise porte que le fils à tout âge est tenu envers ses père et mère de telle obligation qui n'existe pas dans nos lois: voilà un

Anglais qui vient en France, qui s'y marie, qui y a un enfant; cet enfant dans l'année de sa majorité profite du bénéfice de l'art. 9 du Code civil et devient Français: bien que le père reste étranger, il ne serait pas recevable à demander à son fils devenu Français le paiement de l'obligation résultant de la loi anglaise, et il en serait de même si nous renversions les rôles et s'il s'agissait du père français d'un fils étranger: sauf ce qui regarde les questions de capacité, tous les rapports de ces deux personnes seront régis par le Code civil, comme s'il s'agissait de deux Français.

La loi, qui le plus souvent crée directement les rapports de famille, n'est pas cependant la seule source d'où ils puissent immédiatement dériver. Ainsi il y a un contrat qui, avec le secours de certaines formalités, peut créer des rapports de paternité et de filiation. Nul doute que le contrat d'adoption intervenu entre deux étrangers conformément à leur loi domiciliaire ne soit valable et efficace, même aux yeux de nos lois françaises, relativement par exemple à la succession immobilière que l'adoptant décédé sans descendants naturels laisserait en France. Mais on soutient encore aujourd'hui que le contrat d'adoption ne peut

pas se produire entre un Français et un étranger, et l'on répète, ce que l'on répétait déjà il y a six siècles, que l'adoption est un effet exorbitant du droit civil, qui ne peut par conséquent avoir lieu qu'entre personnes qui jouissent pleinement des bienfaits de ce droit. C'est là une de ces théories à l'appui desquelles il est impossible d'apporter autre chose que des mots, que des formules vides de sens aujourd'hui. Pourquoi à Rome un *peregrinus* ne pouvait-il figurer dans une adoption ou dans une adrogation? Cela découlait naturellement de principes qui ont été remplacés dans nos lois par des principes diamétralement contraires : d'abord la *patria potestas* était de droit civil ; et puis, ce qui est une suite de la même idée, aucune parenté civile, aucune *agnatio* ne pouvait exister entre un *peregrinus* et un citoyen romain. Si donc l'adoption à Rome était interdite aux étrangers, c'était notamment parce qu'elle produisait des effets dont les étrangers n'étaient pas capables. Chez nous au contraire, on ne peut pas contester, en présence des art. 9 et 10 du Code civil, que la parenté avec tous ses effets civils, tels que successibilité et prohibition de mariage, ne puisse exister entre un Français et un étranger ; la puissance paternelle

d'autre part est chez nous, non pas ce que l'ont faite nos Coutumes particulières, notre *droit civil*, mais ce que l'a faite à peu près dans toute l'Europe le progrès de la civilisation : elle a bien véritablement cessé d'être un droit civil. On ne voit donc pas pourquoi ces rapports de paternité et de filiation, que la loi reconnaît pouvoir exister entre Français et étranger, pourraient provenir seulement de l'un des deux événements auxquels se rattachent les rapports dont il s'agit, et cela sans que la loi ait spécialement déclaré l'autre inaccessible aux étrangers.

Parmi les droits de famille il faut encore ranger tout ce qui est relatif à la tutelle. Pas de difficulté quand les rapports de tutelle existent entre deux étrangers : il n'y aura qu'à appliquer leur loi domiciliaire. Mais ces rapports peuvent-ils exister entre un étranger et un Français ? Supposons une femme française qui épouse en France un étranger et devient ainsi étrangère, et puis qui met au monde un enfant : son mari venant à mourir quelque temps après, est-ce que cette femme, qui en continuant de résider en France reprend la qualité de Française, devient par là même incapable de gérer la tutelle de son fils étranger ? Cette solution se-

rait tout à fait arbitraire ; elle est même contraire à l'esprit de toutes les législations qui, comme la nôtre, recherchent uniquement dans le tuteur un protecteur désintéressé des biens du pupille et qui en conséquence reconnaissent pour tuteur celui qui, soit en raison de sa qualité de proche parent soit en raison de l'acte par lequel il est nommé, doit être présumé le plus capable sous tous les rapports de bien servir les intérêts qui lui sont confiés.

— Mais il y a peut-être un peu plus de difficulté dans la question de savoir si un étranger pourrait être tuteur d'un Français. Avant tout, il faut mettre de côté l'idée de notre ancien droit, qui regardait le tuteur comme exerçant une fonction publique et qui en conséquence ne pouvait pas reconnaître dans un étranger cette qualité de tuteur ; de même il ne faut pas attacher d'importance à la rédaction des art. 430 et 432 du Code civil, qui qualifient les tuteurs de citoyens, attendu qu'il résulte des art. 390 et 442 du même Code que la tutelle peut quelquefois appartenir même à une femme ou à un mineur. Et maintenant, toujours en partant de cette idée que la tutelle doit être raisonnablement confiée à la personne qui d'après toutes les probabilités servira le mieux les intérêts

du pupille, en remarquant de plus que le Code civil, qui a un article spécial pour dire qui est incapable d'être tuteur, ne parle aucunement de l'étranger, nous déciderons qu'un étranger peut très-bien être tuteur d'un mineur français conformément aux dispositions de la loi française. La seule objection un peu solide que l'on puisse présenter contre cette solution consisterait à dire que l'étranger a en France une position trop précaire, puisque, même en dehors de sa volonté personnelle, il peut toujours être expulsé du territoire français par le gouvernement ; mais à cela il suffit de répondre qu'en fait le gouvernement n'use guère de cette faculté d'expulsion ; que s'il en use c'est presque toujours à la suite d'une condamnation intervenue contre l'étranger, laquelle condamnation, si elle n'a pas pour effet de rendre l'étranger légalement indigne de la tutelle, a du moins pour résultat de diminuer la confiance que l'on avait eue en lui.

§ 2. — Conséquences qui résultent de ce que l'étranger n'a point son domicile en France.

81. La première classe des différences qui subsistent aujourd'hui entre l'étranger et le Français

sous le point de vue du droit privé comprend toutes celles qui en définitive tiennent uniquement à ce que l'étranger n'a pas son domicile en France. Nous devons donc avant tout établir qu'en principe un étranger ne peut avoir son domicile en France.

Au premier abord, il semble bien raisonnable de décider, aujourd'hui comme dans notre ancienne jurisprudence, que l'étranger peut acquérir un domicile en France par cela seul qu'il a perdu l'esprit de retour en son pays, par cela seul qu'il a formé en France un établissement assez stable pour qu'on puisse naturellement en conclure son intention de se fixer à toujours parmi nous : c'est à quoi mènent les principes ordinaires en matière de domicile. On a soutenu en effet que c'était le droit existant de nos jours encore. Pour le soutenir, on s'est presque toujours borné à réfuter un argument que les partisans de l'opinion contraire tirent d'un Avis du Conseil d'état, en date des 18-20 prairial an xi. Cet avis paraît d'abord trancher directement la question : car on y lit cette phrase : « Le Conseil est d'avis que, dans le cas où un étranger veut établir son domicile en France, il ne le peut qu'avec l'autorisation du gouvernement. » Mais

ceux qui pensent que l'étranger n'a pas besoin de cette autorisation pour avoir son domicile en France répondent avec raison que cet avis doit être pris uniquement *secundum subjectam materiam*; or le Conseil d'état était consulté simplement sur la question de savoir quel était le domicile qui pouvait compter pour arriver à la naturalisation. Je suis bien convaincu pour ma part que cette décision du Conseil d'état laisse tout à fait en dehors notre question de savoir si l'étranger peut acquérir un domicile en France autrement qu'avec l'autorisation du gouvernement.

Tout en rejetant cet argument, je suis à regret forcé d'admettre la décision de ceux qui le proposent. L'application à l'étranger des principes ordinaires sur l'acquisition du domicile me semble tout à fait impossible en présence de ce qui s'est passé lors de la discussion du Code civil, et en présence de la doctrine indiquée par la combinaison des art. 13 et 102, doctrine qui n'a point été abrogée comme celle des art. 726 et 912, quoiqu'elle découlât du même esprit exclusif. En effet voici d'abord ce que je lis dans le discours de M. Gary au nom du Tribunat : « J'observe sur
« l'art. 13 qu'il n'y a aucune objection contre la

« disposition qui veut que l'étranger ne puisse
« établir son domicile en France s'il n'y est admis
« par le gouvernement. » Si l'on fait attention
que dans cet art. 13 il ne s'agit nullement d'une
question de naturalisation, mais simplement de
la concession faite à l'étranger de tous les droits
civils, si l'on fait attention que cette phrase si
explicite de l'orateur du Tribunat ne souleva
aucune réclamation, on restera bien convaincu
qu'elle contient réellement l'expression de la vo-
lonté du législateur du Code civil. D'ailleurs l'ar-
ticle 102, qui porte que le domicile est au lieu du
principal établissement, restreint formellement
cette disposition au Français.

En résumé, je crois donc qu'il faut dire que,
sous l'empire du Code civil, l'étranger n'a d'autre
moyen d'acquérir un domicile en France que d'ob-
tenir la permission du gouvernement; et c'est à
ce principe que je rattache comme conséquences
les règles que nous allons parcourir, lesquelles
sont incontestables puisqu'elles sont écrites dans
la loi, lesquelles me sembleraient absolument im-
possibles à justifier en dehors de ce principe que
l'étranger n'a pas de domicile en France, lesquelles
enfin deviennent inapplicables du moment que

l'étranger a profité du bénéfice que lui ouvre l'art. 13.

82. La première application du principe que nous venons d'établir est relative au règlement de l'état et de la capacité des étrangers.

Dans notre ancien droit on appliquait déjà, mais sur une échelle moins vaste qu'aujourd'hui, c'est-à-dire entre les provinces françaises régies par des Coutumes différentes, cette règle que le statut en vigueur au lieu du domicile de la personne doit régler seul tout ce qui concerne son état et sa capacité, ou en d'autres termes que la loi personnelle suit l'individu en quelque lieu qu'il se transporte. Cette règle, qui, il faut le reconnaître, quand elle existe entre des États indépendants, existe uniquement parce que chacun de ces États veut bien en admettre l'application par une sorte de courtoisie, cette règle en soi peut facilement se justifier : il serait en effet contradictoire et déraisonnable *à priori* qu'un individu changeât d'état toutes les fois qu'il sort de son pays, que dans le même moment il pût être majeur ici et mineur là, que la femme pût être en même temps soumise à la puissance maritale et libre de cette puissance. D'ailleurs, le consentement général des

nations , fondé sur l'intérêt bien entendu de leurs membres , a voulu que tout ce qui concerne la capacité d'un individu fût réglé par sa loi domiciliaire, parce que cette loi est à même , mieux que toute autre , d'apprécier suivant le génie national de ses sujets, quand ceux-ci doivent être réputés capables et jusqu'où doit s'étendre leur capacité.

Maintenant il est facile de prouver que ces principes ont été spécialement reconnus par le Code civil à l'égard des étrangers qui peuvent se trouver en France. En effet l'art. 3 du projet du gouvernement était ainsi conçu : « La loi oblige tous ceux « qui habitent le territoire. » Dans le Conseil d'état, M. Tronchet attaqua cette rédaction comme trop générale, et fit observer que l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes ; c'est à la suite de cette observation et pour consacrer cette doctrine que fut proposée par le Tribunat la rédaction qui a passé dans le Code.

La véritable difficulté à présent consiste à déterminer à quoi précisément s'appliqueront les lois domiciliaires de l'étranger, parce qu'il y a dans le droit beaucoup de cas où la question de capacité, qui est régie par la loi personnelle , se distingue avec peine de la question de disponibilité, qui est

régie par la loi réelle. Voici une définition fameuse du chancelier d'Aguesseau, qui servait de règle dans l'ancienne jurisprudence et à laquelle ont probablement voulu se reporter les rédacteurs du « Code : Il faut distinguer si le statut a directement
« les biens pour objet, ou leur affectation à cer-
« taines personnes, ou leur conservation dans les
« familles, en sorte que ce ne soit pas l'intérêt de la
« personne dont on examine les droits et les dis-
« positions, mais l'intérêt d'une autre dont il s'agit
« d'assurer la propriété ou les droits réels qui ait
« donné lieu de faire la loi ; ou si au contraire toute
« l'attention de la loi s'est portée vers la personne
« pour décider en général de sa capacité générale
« et absolue, comme lorsqu'il s'agit de majeurs
« ou de mineurs, de père ou de fils légitime ou
« illégitime, d'habile ou d'inhabile à contracter
« pour des causes personnelles. »

Voyons d'abord ce qui incontestablement est régi par la loi domiciliaire de l'étranger ; nous nous occuperons ensuite des points relativement auxquels il peut y avoir controverse.

L'état de majeur ou de mineur, de femme en puissance de mari ou libre de cette puissance, de père ou de fils légitime ou naturel, ainsi que le

degré de l'incapacité qui affecte le mineur ou la femme mariée, tout cela en principe doit sans aucun doute être réglé par la loi domiciliaire. Ainsi, qu'un Allemand vienne en France : c'est à la loi de l'Etat dans lequel il est domicilié à décider s'il est majeur ou mineur, et au cas où il est mineur si son incapacité s'applique à tel ou tel acte ; de même pour la femme étrangère, c'est à la loi du pays où elle a son domicile à décider de quel moment précis date son incapacité, ce que comprend cette incapacité, de quoi la femme a besoin pour la faire disparaître. Voilà ce qui est universellement admis, et cela sans distinguer si l'acte dont la loi domiciliaire de tel étranger le déclare incapable est un acte entre-vifs ou un acte à cause de mort, s'il est simplement relatif à une obligation ou au contraire à une aliénation même d'un immeuble situé en France. — Mais la difficulté commence déjà lorsqu'un Français est intéressé dans un acte fait par l'étranger contrairement à la disposition de sa loi personnelle. Alors on décide généralement, et je crois la décision assez conforme à la volonté du législateur de 1804, que le Français ne peut jamais souffrir de l'incapacité de l'étranger quand cet étranger d'après notre loi française eût été ca-

pable, en supposant bien entendu le Français de bonne foi. Par exemple, si un Allemand âgé de vingt-quatre ans vient contracter avec un Français, ce Français qui l'a cru capable pourra valablement s'opposer à ce que l'obligation de l'étranger soit rescindée en raison de l'état de minorité dans lequel il était encore aux termes de sa loi domiciliaire. On pourrait cependant objecter contre cette décision le principe bien connu, tiré des lois romaines, d'après lequel nul n'est censé ignorer la condition de celui avec qui il contracte ; mais je réponds que dans l'espèce l'incapacité de l'étranger en fait ne peut guère être soupçonnée, que d'ailleurs nos lois qui veulent bien permettre l'application en France de certaines lois étrangères, ne la permettent sans doute qu'autant qu'elle ne préjudiciera pas aux droits des nationaux.

Que décider de l'état d'interdit, en supposant que l'interdiction a été prononcée contre un étranger qui vient en France par un tribunal de son pays ? Je crois qu'il faut dire ici comme pour le mineur, quoiqu'on puisse objecter subtilement que les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne peuvent avoir d'effet en France. J'en dirais tout autant de la faillite ou de l'absence d'un étranger

déclarée par le tribunal du lieu de son domicile. Je vais encore plus loin : je déciderais même que l'étranger frappé de mort civile dans son pays est affecté en France de l'incapacité que sa loi domiciliaire attache à cet état. La question est certainement délicate ; mais en définitive je ne vois aucune raison de droit pour distinguer entre une incapacité qui est prononcée immédiatement par la loi personnelle de l'étranger et une incapacité qui sans doute a eu besoin d'être déclarée par un tribunal, mais que ce tribunal n'a déclarée que comme organe et instrument de la même loi personnelle. Peu importe que l'état de l'étranger dérive immédiatement ou médiatement de la volonté de sa loi domiciliaire : cet état ne pourra jamais être détruit en lui par son passage sur notre territoire. Il ne faut pas opposer l'art. 546 du Code de procédure : cet article défend seulement de faire exécuter en France un jugement rendu par un tribunal étranger, parce que l'exécution dont il s'agit, c'est la saisie des biens ou la contrainte sur la personne, et que ce sont là des actes qui ne peuvent être faits en France qu'au nom du pouvoir exécutif français, sans quoi le droit de souveraineté serait réellement violé ; mais évidemment ce droit de souveraineté

n'est aucunement atteint quand il s'agit seulement d'appliquer à un étranger telle ou telle incapacité civile. D'ailleurs, en justice pure, de quoi pourrait se plaindre cet étranger ? Il a été jugé conformément aux lois de son pays et par des juges de son pays : il n'a aucune bonne raison à faire valoir pour prétendre être relevé de l'incapacité qui lui a été infligée. — En deux mots, il me semble que ce serait mettre notre loi en contradiction avec elle-même que d'admettre à une succession par exemple l'étranger qui a été frappé de mort civile par le seul pouvoir qui fût en position de prononcer contre lui cette incapacité. Je ne puis même pas faire d'exception à cette doctrine pour le cas de condamnation politique, en supposant seulement bien entendu que la condamnation a été prononcée par un véritable tribunal.

Les incapacités que nous avons parcourues jusqu'à présent, — celle du mineur, celle de la femme mariée, celle de l'interdit, celle du mort civilement, etc., — sont des incapacités générales. Il y a aussi des incapacités spéciales qui me semblent devoir être régies par la loi domiciliaire de l'étranger. Il y avait controverse autrefois sur la question de savoir si l'on devait considérer comme statut per-

sonnel ou comme statut réel la prohibition adressée au malade de faire dans la maladie dont il meurt des libéralités à son médecin ou au ministre du culte. Il me semble bien évident que c'est là un statut personnel. Cette prohibition en effet n'a point pour but de conserver un bien, une partie de la fortune du malade dans sa famille, puisque ce malade est en principe parfaitement capable de donner; elle a seulement pour but de le protéger contre lui-même, et nulle loi ne sait mieux que sa loi personnelle de quelle protection il a besoin. Dans notre Code civil, le chapitre 2 et le chapitre 3 du titre des donations me paraissent différer l'un de l'autre notamment par ce caractère que le premier contient des règles de statut personnel et l'autre des règles de statut réel.

J'ai déjà dit que, par exception à une règle générale que nous avons étudiée, le règlement de tous les droits pécuniaires entre époux est fait, non par la loi du lieu où intervient le contrat, mais par la loi du lieu où est le domicile du mari. Cela est-il vrai même sous le régime dotal et en ce qui concerne l'inaliénabilité des immeubles dotaux? La Cour de cassation a décidé en 1834, que l'inaliénabilité du fonds dotal est une règle de statut réel;

en conséquence, qu'un fonds situé en France n'est dotal et inaliénable que conformément à la loi française, quelle que soit à cet égard la disposition de la loi domiciliaire des époux, quand même d'après cette dernière loi tous les immeubles de la femme seraient de plein droit dotaux et inaliénables. Cette décision paraît assez conforme à la définition de d'Aguesseau : car on peut dire que ce n'est pas seulement l'intérêt de la femme qui a donné lieu ici de faire la loi et de poser le principe que cela seulement est dotal et inaliénable qui est constitué en dot dans le contrat de mariage. Cependant je crois l'opinion contraire plus conforme aux vrais principes. Voyons en effet où conduirait logiquement la doctrine de la Cour de cassation. On admet généralement, et avec grande raison, que l'étranger qui se marie en France peut insérer dans son contrat de mariage toutes dispositions qui ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et que s'il se marie sans contrat il est censé s'en référer au régime légal du lieu de son domicile. Cela posé, supposons qu'en tel pays étranger on se marie de droit commun sous un régime en tous points semblable à notre régime dotal, avec cette différence seulement que l'inaliénabilité du fonds dotal

peut cesser par l'accord des deux époux. Voilà un homme domicilié dans ce pays qui vient se marier en France et qui déclare dans son contrat de mariage qu'il entend se marier sous le régime dotal ; dans ce même contrat est constitué en dot tel immeuble situé en France. Comment est-il raisonnable d'interpréter cela en ce sens que ledit immeuble sera absolument inaliénable conformément à la loi française ? N'est-il pas plus que probable que l'intention des parties, qui ici est souveraine, a été de prendre le régime dotal tel qu'il existe dans le pays où est le lieu de leur domicile ? Et l'on concevrait moins encore, s'il est possible, cette inaliénabilité conforme à la loi française en supposant que le mariage aurait été célébré dans le pays même de l'étranger. Voilà pourtant le résultat auquel on arrive forcément quand on décide que l'inaliénabilité du fonds dotal est une règle de statut réel. Tout ce qu'il y a de raisonnable à dire, c'est que cet étranger aurait très-bien pu dans son contrat de mariage réserver expressément l'aliénabilité du fonds dotal situé en France ; que, cette clause n'existant pas, il n'y a qu'à rechercher l'intention probable des parties, laquelle a dû être de se conformer aux coutumes de leur pays.

Je déciderais de même, quoique cela soit peut-être un peu plus susceptible de controverse, que la jouissance légale des père et mère et l'hypothèque légale des femmes, des mineurs et des interdits dépendent du statut personnel, que par conséquent ces droits n'existent au profit d'un étranger sur des biens de France, possédés soit par un enfant de famille soit par un mari ou un tuteur étranger, qu'autant qu'ils sont établis par la loi domiciliaire de celui qui les réclame. En effet, nul doute d'abord qu'entre étrangers les rapports juridiques du père aux enfants d'une part, les rapports juridiques du pupille au tuteur ou de la femme au mari d'autre part, ne doivent être réglés par la loi personnelle de ces étrangers. Ce que je dis maintenant, c'est que, pour savoir s'il y aura au profit du père ou de la mère survivante un droit de jouissance sur les biens des enfants, il faut consulter uniquement la même loi qui règle la puissance paternelle; de même que pour savoir s'il y aura au profit du mineur ou de l'interdit ou de la femme mariée une hypothèque légale sur les immeubles du tuteur ou du mari, il faut consulter la même loi qui règle la tutelle et la puissance maritale : ce qui revient tout simplement à dire que l'accessoire

dépend de la même loi de laquelle dépend le principal. D'abord il est telle organisation de la puissance paternelle avec laquelle serait tout à fait incompatible un usufruit tel que celui établi par notre loi au profit du père ou de la mère survivante. Supposons qu'aujourd'hui en Allemagne, comme autrefois à Rome, le père puisse dès la naissance de son enfant faire passer celui-ci sous la puissance paternelle d'un tiers : le père naturel dans ce cas aura-t-il raisonnablement l'usufruit des biens de son fils situés en France, quand il n'aura aucune des charges de la paternité ? Et même sans nous placer dans une telle hypothèse, la mère, qui dans tel pays n'exerce jamais la puissance paternelle, même après la mort du père, pourra-t-elle néanmoins venir réclamer l'usufruit de notre art. 384, sur les biens de son enfant situés en France, quand évidemment notre loi regarde cet usufruit comme un attribut de la puissance paternelle ? — L'opinion que je soutiens me semble plus incontestable encore en ce qui concerne les hypothèques légales. Évidemment il ne peut dépendre que de la loi qui établit des obligations entre telle et telle personnes de serrer plus ou moins ces *vincula juris* entre le créancier et le débiteur ; il ne peut dépendre que

de cette loi de sanctionner ces obligations par des hypothèques. L'hypothèque légale d'ailleurs n'est en définitive qu'une hypothèque conventionnelle tacite, une hypothèque que la loi établit pour venir au secours d'une personne qui en a besoin et qui n'est pas en position de l'exiger; s'il en est ainsi, il serait vraiment bizarre que la loi française allât donner forcément une hypothèque à une personne domiciliée dans un lieu où ce mode de sûreté est peut-être tout à fait inconnu et est remplacé par un autre équivalent, tel qu'un cautionnement par exemple. Bien plus, il pourrait se faire que les obligations dont l'hypothèque légale est chez nous la garantie n'existassent pas d'après la loi personnelle : c'est ce qui arriverait par exemple dans une législation qui refuserait à la femme toute action contre son mari, soit en raison de ce que les femmes dans cette législation conserveraient l'administration et la pleine propriété de tous leurs biens, soit pour toute autre cause : comment dans un cas semblable affecter d'une hypothèque légale les immeubles du mari situés en France, quand il n'y aurait rien à quoi pût s'appliquer cette garantie? — En résumé, je pense que ces droits d'usufruit ou d'hypothèque, qui sont

créés par la seule volonté de la loi au profit de telle personne dans certaine position déterminée, dépendent du statut personnel, en ce sens qu'on ne doit les accorder aux étrangers sur des biens situés en France, qu'autant que leur loi domiciliaire les crée à leur profit.

Nous avons certaines lois qui sont bien personnelles en ce sens qu'elles ne régissent point principalement les biens, et qui cependant sont, par la force même des choses, applicables à l'étranger qui se trouve sur notre territoire : ce sont toutes les lois qui, du moins à notre point de vue, intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. C'est là un principe qui est incontestable en lui-même ; mais il n'en est pas ainsi des conséquences pratiques qu'il doit entraîner. Faut-il par exemple permettre en France l'application de la loi étrangère sous l'empire de laquelle un étranger a divorcé, et faut-il dire en conséquence que cet étranger pourra contracter une nouvelle union en France du vivant de son premier conjoint ? Il me semble qu'il n'y a pas de difficulté lorsque la personne à laquelle prétend s'unir cet étranger divorcé est Française : car cette personne est sous l'empire des lois françaises, et ces lois ne peuvent lui permettre de contracter

mariage avec un individu qui à leurs yeux est déjà marié. Que s'il s'agit même de deux personnes étrangères, dont l'une divorcée conformément à sa loi domiciliaire, qui prétendent s'unir par-devant un officier de l'état civil français, je crois encore que notre loi n'est pas impuissante à prohiber entre elles ce qu'elle a reconnu, indépendamment de toute idée religieuse, être un mal social, et ce qui dans tous les cas serait, à raison de nos mœurs actuelles, un scandale public. — J'irais même encore plus loin dans cette voie. Je déciderais, contrairement à la jurisprudence, qu'un conjoint étranger devrait être admis, en dépit des dispositions de sa loi domiciliaire, à se soustraire à un joug odieux ou à une cohabitation trop pénible dans les mêmes cas où nos lois autorisent la séparation de corps. Si nos lois ont la force de briser les chaînes de l'esclave qui met le pied en France, pourquoi leur refuserait-on le pouvoir de faire cesser en faveur d'un époux étranger une obligation de cohabitation qui dans tel cas donné peut être plus cruelle qu'un véritable esclavage, qui d'ailleurs peut devenir la source d'un scandale public et de désordres sans cesse renaissants ?

83. Les lois étrangères, qui en principe s'ap-

pliquent en France en ce qui touche l'état et la capacité des personnes domiciliées sous leur empire, s'appliquent-elles aussi en ce qui touche les meubles dont ces personnes sont propriétaires, lorsqu'en fait ces meubles se trouvent en France ?

Dans notre ancienne jurisprudence, la fiction qui réputait les meubles situés au lieu du domicile du propriétaire ne s'appliquait généralement qu'entre les diverses provinces françaises. La preuve qu'on ne l'observait pas à l'égard des souverainetés étrangères, c'est que le droit d'aubaine frappait indistinctement sur toute la succession, soit mobilière soit immobilière, de l'étranger, lorsqu'en fait les objets composant cette succession se trouvaient en France. Et nous voyons en effet nos anciens jurisconsultes justifier cette fiction seulement en tant qu'elle s'exerce entre deux lieux dépendants de la souveraineté française.

Que décider sous l'empire du Code civil ? Je crois qu'il y a nécessité d'admettre en principe, d'État à État, ce qui était admis autrefois de province à province. Cela semble bien résulter à *contrario* de l'art. 3, qui nous dit que les *immeubles* sont régis par la loi française ; et puis le Code de procédure, dans son art. 2, établit bien positive-

ment une relation entre le mobilier, en quelque lieu qu'il se trouve de fait, et le domicile. Cette décision est d'ailleurs assez conforme au vieux principe *Vilis mobilia possessione*, dont était encore imbu l'esprit du législateur de 1804. — Quoi qu'il en soit, il est du moins bien certain qu'il y a des cas dans lesquels on n'appliquerait point aux meubles la loi domiciliaire de l'étranger possesseur : tels sont tous les cas où le bon ordre est intéressé à ce que la loi française s'applique, comme s'il s'agit d'une saisie par exemple, c'est-à-dire d'un acte qui ne peut valablement s'opérer que sur l'ordre de celui qui commande à la force publique en France ; et de même dans tous les cas où l'on considère le meuble abstraction faite de la personne du possesseur. Quant au cas d'une succession mobilière laissée en France par un étranger, peut-être serait-il conforme aux principes rigoureux d'appliquer la loi française : car il y a ici le même intérêt politique et social que j'ai signalé en ce qui concerne la succession immobilière. Cependant ce système semble bien être exclu par l'art. 3 du Code civil ; et, tant que le législateur n'aura pas formellement décidé la question, je crois que les tribunaux devront permettre en gé-

néral l'application de la loi domiciliaire du *de cuius*.

84. Après avoir vu quelle est la loi qui peut, suivant les cas, régir la condition de l'étranger, revenons à une question déjà effleurée un peu plus haut et demandons-nous quelles preuves l'étranger sera en général admis à apporter en France. Seront-ce seulement les preuves reconnues par le Code civil, et suivant les distinctions du Code civil? Il serait absurde de le décider ainsi : car il est telle preuve que l'étranger a pu se procurer seulement dans son pays, et que dans son pays on ne lui a probablement pas fournie conformément au Code français. Nous dirons donc d'abord que l'étranger sera admis en France à prouver son état de père ou de fils ou d'époux, son âge, etc., — en supposant que l'événement qu'il s'agit de constater s'est passé à l'étranger, — conformément à la loi de ce pays étranger. En général, les formes de la preuve que l'on apporte à l'appui de tel droit ou de tel état qu'on prétend avoir doivent être celles prescrites par la loi du lieu où soit ce droit soit cet état a pris naissance. Mais je ne parle ici que de la preuve : quant aux formes intrinsèques, nécessaires pour produire le droit, il

faut voir si le droit lui-même dont il s'agit est soumis à la loi réelle ou à la loi personnelle, si c'est un droit réel et même immobilier dépendant du statut réel ; ou bien une simple obligation dépendant du statut personnel. Voici un exemple pour éclaircir ma pensée. Supposons un étranger qui veut faire une donation d'un immeuble situé en France : si l'acte est passé en France, il devra être passé exactement dans les formes prescrites par le Code civil ; si l'acte est passé à l'étranger, nous avons vu qu'il devra encore être en forme authentique, que seulement les conditions d'où dépend l'authenticité seront réglées par la loi du lieu de la passation. En sens inverse, si nous supposons une femme mariée étrangère dont la loi domiciliaire exige, pour la validité de l'autorisation maritale, que cette autorisation soit passée en forme authentique, je déciderais que cette femme ne peut être considérée comme relevée de son incapacité qu'autant qu'elle s'est obligée ou qu'elle a aliéné en vertu d'une autorisation passée dans ladite forme, sauf toujours le cas où un Français de bonne foi aurait à souffrir de cette application de la loi étrangère.

85. Nous passons à une nouvelle conséquence du principe que l'étranger n'a pas son domicile

en France. Cette conséquence est relative à l'administration de la justice.

Le Code civil a entendu consacrer en général à l'égard de l'étranger la règle qui veut qu'en matière personnelle et mobilière on ne puisse être traduit que devant le tribunal de son domicile. Cela ressort clairement de la discussion du Code civil au Conseil d'État. De plus, le texte définitif établit implicitement cette règle quand il dispose, sous forme d'exception, que l'étranger peut être traduit devant un tribunal français pour obligations par lui contractées envers un Français. L'étranger, qui dans ce cas spécial sera obligé de défendre à une action personnelle ou mobilière devant un tribunal autre que celui de son domicile (ce qui du reste ne pourra sans doute être avantageux au Français demandeur qu'autant que l'étranger condamné par le tribunal français résidera en France ou y aura des propriétés), cet étranger de son côté est formellement reconnu par le Code civil capable de poursuivre un Français devant un tribunal de France.

Maintenant, toutes les fois qu'une contestation s'élève entre étrangers sur une question personnelle ou mobilière, la jurisprudence a raisonnable-

ment, sinon équitablement, interprété le silence du Code en ce sens que dans la règle générale le défendeur pourra décliner la compétence du tribunal français, devant lequel il sera traduit. Cette jurisprudence, qui est raisonnable en ce sens qu'elle est conforme à la volonté probable du législateur, pourra, disons-nous, n'être pas équitable : il est possible en effet que le créancier étranger ne soit pas recevable, par suite de sa résidence même en France, à intenter une action devant le tribunal du domicile de son débiteur, et il est possible aussi en fait qu'il soit hors d'état, en raison de l'éloignement ou de toute autre cause, d'aller plaider devant ce tribunal : alors il sera victime de la mauvaise foi de son adversaire, et celui-ci pourra impudemment se jouer de la justice sur le sol français. En législation, c'est là évidemment un mauvais système : il ne devrait jamais être permis à un étranger de donner l'exemple et le scandale de la mauvaise foi à la nation qui a bien voulu l'admettre sur son territoire ; il faut que tout soit juste dans un pays où les lois règnent et où elles règnent pour tous. Mais en droit positif, il me semble impossible de soutenir, d'après la discussion du Code civil et d'après la disposition excep-

tionnelle de l'art. 14, qu'en principe un étranger puisse forcer un autre étranger à comparaître devant un tribunal français, quand il s'agit d'une question purement personnelle ou mobilière. Sur ce point, les législations étrangères diffèrent grandement de la législation française : presque partout ailleurs qu'en France, en toutes matières les étrangers peuvent plaider, soit contre un sujet du pays soit contre un autre étranger. Notre législation sous ce rapport est même moins équitable et moins avancée que la législation romaine, laquelle de très-bonne heure procura aux étrangers qui se trouvaient à Rome la faculté d'obtenir justice, par l'institution d'un préteur exclusivement chargé d'examiner leurs différends.

Hâtons-nous de dire qu'il y a cependant plusieurs cas où nous n'admettrions pas l'étranger défendeur à décliner la compétence du tribunal français. D'abord on a formellement reconnu au Conseil d'État qu'il y avait exception à la règle ordinaire pour les matières de commerce, et notamment pour les marchés conclus dans les foires françaises : en effet, comme on l'a dit alors, ce serait éloigner les étrangers des foires françaises que de leur refuser le secours de nos tribunaux pour exercer leurs

droits sur les marchandises des étrangers avec lesquels ils ont traité. L'ordonnance de 1673 (tit. XII, art. 17) et l'ordonnance de la marine de 1681 (tit. II, art. 1^{er}) recevraient donc encore leur application à cet égard ; l'art. 420 du Code de procédure a d'ailleurs confirmé cette doctrine. Et en fait, les tribunaux de commerce n'ont jamais hésité à prononcer entre étrangers.

En second lieu, cette exclusion des étrangers du droit de s'actionner devant nos tribunaux ne s'appliquerait pas non plus à l'action tendant à faire déclarer exécutoire en France un jugement émané d'un tribunal étranger : car dans ce cas, il n'y a évidemment pas lieu pour le tribunal français de renvoyer le défendeur devant le tribunal de son domicile.

Il est également admis par la jurisprudence, et avec grande raison, que nos tribunaux sont compétents pour ordonner des mesures conservatoires ou provisoires relativement aux contestations entre étrangers, dont ils n'examinent pas le fond, par exemple que le président du tribunal peut accorder suivant les cas à un étranger l'autorisation de saisir-arrêter entre les mains d'un Français les sommes et effets dus à son débiteur étranger, etc.

Enfin l'étranger injustement lésé dans sa personne ou dans ses biens par un autre étranger, en supposant le délit commis en France, ne réclamerait pas vainement une réparation même pécuniaire devant nos tribunaux : ce serait en quelque sorte à nous-mêmes que justice serait alors rendue, puisque l'ordre public en général aurait été blessé comme si le délit eût frappé directement sur un Français. Par cette même raison d'ordre public, je n'hésite pas à dire que, dans tous les cas où j'ai pensé que l'intérêt de l'ordre public et des bonnes mœurs exigeait que l'étranger fût soumis aux lois françaises, et non aux lois étrangères, dans tous ces mêmes cas l'étranger traduit devant un tribunal français ne pourrait échapper à une décision sollicitée par ce puissant intérêt en même temps que par le demandeur étranger : je crois en conséquence, contrairement à la jurisprudence, que le tribunal français devant qui un étranger forme une demande en séparation de corps fondée sur un des motifs reconnus par le Code civil, ou une action en nullité de mariage pour cause de bigamie ou d'inceste, que ce tribunal peut et doit, non-seulement ordonner des mesures provisoires, mais même prononcer sur le fond.

En dehors des divers cas exceptionnels que nous venons de parcourir, le défendeur étranger est encore non recevable à décliner la compétence du tribunal français, lorsque dans le contrat producteur de l'obligation, les parties ont fait positivement élection de domicile pour l'exécution en tel lieu du territoire français (Code civil, art. 111).

— Maintenant supposons-nous sous l'empire de la règle générale : le tribunal français une fois saisi, le défendeur étranger peut-il encore consentir, soit expressément soit tacitement, à être jugé par le tribunal français, et ce consentement liera-t-il le tribunal français en ce sens qu'il l'obligera à connaître de l'affaire ? Tout le monde accorde que l'étranger défendeur peut renoncer à opposer l'exception d'incompétence ; mais on a soutenu que le tribunal, suivant les cas, pouvait d'office se déclarer incompétent. Quant à moi, je ne puis admettre ce système. J'ai toujours cru que nos tribunaux sont institués pour rendre la justice, pour faire régner le droit en France, d'une manière absolue et sans acception de personnes. Quand on dit que l'étranger peut se refuser à être jugé par eux, c'est une faveur qu'on lui fait et une ressource qu'on lui laisse pour le cas où il pourrait douter de leurs

connaissances ou de leur impartialité ; mais quand son amour de la justice le porte à renoncer à cette faveur, le juge français ne doit pas être reçu à mettre obstacle à cette justice. — Et il ne faut pas opposer à ce système qu'il aurait pour conséquence d'obliger les juges français à prendre connaissance des lois de tous les pays de l'univers ! Sans doute ce serait une prétention inadmissible, que de vouloir leur imposer la nécessité d'une étude aussi vaste. Mais d'abord il est bien certain, d'après les art. 14 et 15 combinés avec l'art. 3, qu'il y a des cas où nos tribunaux sont obligés de prononcer conformément aux lois étrangères. Et d'ailleurs, en réalité, dans ces cas il y a une question de fait à décider plutôt qu'une question de droit : les lois étrangères sont pour les juges français des faits que la partie qui les invoque doit justifier, sauf seulement le cas où les lois étrangères auraient été rendues obligatoires en France, par exemple par des traités. — On a encore voulu repousser le système que je défends en disant que les Français pourraient souffrir de ce que les moments de nos tribunaux fussent consacrés à des contestations entre étrangers. Mais à cela je crois qu'il suffit de répondre qu'il est bien certain que

jamais il n'y aura en France un encombrement de procès entre étrangers tel que les Français puissent en souffrir un notable préjudice.

86. La circonstance que l'étranger n'a point de domicile en France amène encore une dernière espèce de différence entre sa condition civile et celle du Français. L'étranger n'ayant, pour ainsi dire, aucune racine dans le sol français, notre législateur a dû prendre contre lui certaines mesures sanctionnatrices assez énergiques, afin que cet étranger ne pût pas profiter de sa position au détriment de ses créanciers, et rendre impossibles ou illusoire toutes poursuites contre lui, par sa facilité à trouver dans le lieu de son domicile un refuge contre toute application des lois françaises.

A cette idée de nécessité de certaines mesures sanctionnatrices se réfère d'abord tout ce que nous avons dit relativement à la contrainte par corps : ainsi tout jugement intervenu au profit d'un Français contre un étranger emporte la contrainte par corps, à moins que la condamnation ne soit au-dessous d'une valeur de 150 francs ; il y a même lieu à contrainte avant le jugement dès qu'il s'agit d'une dette échue et exigible ; enfin, toujours par suite de la même idée, l'étranger n'est pas ad-

mis au bénéfice de cession judiciaire. Je n'ai que deux observations à ajouter à ce que nous avons déjà vu à cet égard dans le chapitre précédent. La première, c'est que le Français qui serait devenu créancier d'un étranger en vertu de la cession qu'un autre étranger lui aurait faite de la créance ne serait pas recevable à demander l'arrestation provisoire du débiteur cédé : car il ne doit pas dépendre du créancier de faire produire à l'obligation des effets que n'a ni prévus ni consentis le débiteur. Remarquons en second lieu que l'étranger commerçant qui aurait été déclaré en faillite par un tribunal français serait, malgré les dispositions spéciales de la loi sur la contrainte par corps, à l'abri de toute contrainte que voudraient exercer contre lui des créanciers isolés. Quel est en effet le motif pour lequel l'art. 443 du Code de commerce proclame qu'à partir du jugement déclaratif de la faillite aucune voie d'exécution ne pourra être suivie contre la personne du failli ? y a-t-il là une dispense accordée au débiteur failli dans son intérêt particulier ? Pas le moins du monde. On a seulement voulu que le débiteur ne fût pas à la merci de certains créanciers qui, en le menaçant de la contrainte par corps, pourraient lui imposer des

conditions préjudiciables à la masse. Et d'ailleurs, par le jugement déclaratif il s'est opéré une interruption de rapports entre le débiteur failli et chacun de ses créanciers : le débiteur ne doit plus être sous la dépendance ni à la disposition de ces créanciers individuellement considérés : il est sous la dépendance et à la disposition de la masse. La contrainte par corps qu'exercerait un créancier isolé en vertu de la loi de 1832 ne tendrait à rien, puisque le débiteur est dessaisi, qu'il ne peut plus faire ni aliénations ni paiements. Comme ces diverses considérations s'appliquent au cas de faillite d'un étranger tout aussi bien qu'au cas de faillite d'un Français, je ne vois aucune raison de distinguer entre les deux cas quant à l'application de l'art. 443 Com., et je décide en conséquence qu'au cas de faillite d'un étranger les créanciers français sont non recevables à invoquer contre lui les dispositions spéciales de la loi de 1832.

Une seconde espèce de sanction particulière qui garantit les obligations de l'étranger, c'est la nécessité où il est de fournir caution pour le paiement des frais et des dommages-intérêts auxquels il peut être condamné, toutes les fois qu'il figure dans une instance comme demandeur principal ou

intervenant. Il n'est du reste tenu de fournir cette caution qu'autant que le défendeur le requiert avant toute exception : le tribunal ne pourrait pas d'office lui refuser audience à défaut de cette caution. — Cette obligation de l'étranger demandeur cesse en plusieurs cas. Elle cesse d'abord en matière commerciale, c'est-à-dire toutes les fois que le procès est de nature à être porté devant un tribunal de commerce (Code de procéd., art. 423) ; cela s'explique à raison de la modicité des frais et de la rapidité de procédure qui distinguent les affaires commerciales. Même dans un procès civil, l'étranger demandeur est dispensé de fournir caution lorsqu'il possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le payement : la loi ne dit point que l'étranger soit alors tenu de consentir une hypothèque sur ces immeubles ; mais l'hypothèque résultera de plein droit du jugement qui condamnera cet étranger. Il faut assimiler à ce cas d'immeubles suffisants possédés en France celui où l'étranger ne pouvant pas trouver de caution offrirait de donner en place un gage suffisant (Code civil, art. 2041). Inutile de faire observer que l'étranger demandeur serait encore dispensé de fournir caution lorsque dans son pays les

Français en seraient dispensés par un traité : c'est ce qui a lieu en France pour les Suisses et pour les Sardes, en vertu de deux traités, l'un du 24 mars 1760 (art. 22), l'autre du 18 juillet 1828 (art. 2).

L'étranger demandeur serait-il dispensé de fournir caution si le défendeur était lui-même étranger ? Tout ici se réunit pour faire déclarer applicable encore aujourd'hui le système que nous avons vu suivi dans notre ancienne jurisprudence. Nous ne pouvons en effet raisonnablement supposer que le législateur ait écrit l'art. 16 uniquement pour accorder au Français un avantage de plus sur l'étranger. Cet article ne peut se justifier que comme offrant un moyen d'arriver à l'exécution d'un jugement, lorsque le demandeur par sa position était à même d'enfreindre ce jugement et de laisser à la charge du défendeur les frais avancés par celui-ci. Peu importe que le défendeur soit étranger ou Français : du moment qu'un tribunal français lui rend justice, cette justice rendue doit être également efficace, sans quoi nos juges auraient véritablement deux poids et deux mesures. Qu'on ne vienne pas opposer un argument d'analogie tiré des termes de la loi sur la contrainte par corps : quand le législateur dit d'une part,

— « Tous étrangers, demandeurs principaux ou intervenants, seront tenus... », — et qu'il dit d'autre part. — « Tout jugement qui interviendra *au profit d'un Français*, contre un étranger... », — il est bien permis de conclure de cette différence d'expressions que l'intention du législateur n'était pas la même dans les deux cas. D'ailleurs la contrainte par corps est un de ces moyens peu favorables qui ressemblent assez à une révolte de l'impuissance, à une mutinerie contre la nécessité, tandis que l'obligation de fournir caution peut être véritablement utile et propre à empêcher des abus. — Qu'on ne vienne pas non plus prétendre que l'art. 16, étant sous la rubrique *De la jouissance des droits civils*, semble bien contenir une faveur spéciale accordée à ceux qui jouissent pleinement des droits civils, c'est-à-dire aux Français. Il est trop aisé de répondre que cet argument tiré d'une rubrique ne prouve rien du tout, attendu que l'article 11, qui nous donne la règle générale sur la condition civile des étrangers, sur leur incapacité, se trouve précisément sous la même rubrique; que d'ailleurs, au lieu de voir dans l'art. 16 la jouissance d'un droit civil spécialement accordé au défendeur français, on peut tout aussi bien y voir

l'exclusion du droit civil d'intenter librement une action en justice , prononcée contre le demandeur étranger, abstraction faite de la qualité du défendeur.

L'étranger adjudicataire , dans les matières pour lesquelles il y a recours au Conseil d'État , est également tenu de fournir caution , lorsqu'il veut exécuter pendant le délai du recours le jugement rendu à son profit. (Décret du 22 juillet 1806.)

On peut encore ranger parmi les mesures qui contiennent une sanction plus énergique des obligations de l'étranger l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819. La loi française permet à l'étranger de succéder *ab intestat* comme s'il était Français; mais c'est à condition que cet héritier étranger admettra au partage de la succession entière le parent français qu'elle y appelle concurremment avec lui. Supposons que l'héritier français a le droit, d'après la loi française , de venir pour moitié à la succession : peut-être s'il laissait son cohéritier étranger venir partager les biens de France, celui-ci pourrait ensuite, en se fondant sur la loi même de son pays, refuser d'admettre le Français au partage des biens situés dans ce pays. C'est pour éviter ce résultat

inique, c'est pour sanctionner l'obligation de l'étranger qui veut profiter de la faveur des lois françaises et pour rendre efficace le droit de succession accordé au Français par ces mêmes lois françaises, qu'on permet à celui-ci de parfaire sur les biens de France la part que notre législateur lui attribue dans la succession. — S'il faut admettre avec la jurisprudence que les meubles possédés en France par un étranger sont en général soumis à la loi domiciliaire de cet étranger, il y aurait du moins lieu ici de ne tenir aucun compte de la fiction qui répute les meubles situés au domicile, et il faudrait encore appliquer l'art. 2 de la loi de 1819 : c'est ce qui semble résulter de l'esprit de cette loi :

§ 3. — Conséquences qui résultent du peu de confiance qu'a le législateur français dans l'impartialité des tribunaux étrangers.

Le législateur français craint que ses nationaux ne trouvent pas bonne justice près des tribunaux étrangers. C'est à cette idée que se rattachent deux différences qu'il nous reste à étudier avec soin entre la condition civile des Français et celle des étrangers. La première de ces différences résulte de l'art. 14 du Code civil ; la deuxième est formu-

lée dans la disposition finale de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, disposition qui n'a jamais été abrogée et qui me semble aujourd'hui encore parfaitement applicable.

87. En matière d'actions personnelles ou mobilières, toutes les fois qu'il s'agit d'un défendeur français, nos lois l'autorisent à décliner la compétence de tout tribunal autre que le tribunal de son domicile. Quand il s'agit au contraire d'un défendeur étranger poursuivi par un demandeur français, ce défendeur ne peut obtenir d'être renvoyé devant le tribunal de son domicile, c'est-à-dire devant un tribunal étranger. Cette dérogation aux principes ordinaires est surtout facile à justifier quand il s'agit d'une obligation contractée en France : c'est alors surtout que la position du Français demandeur est favorable. Mais quand même l'obligation a été contractée en pays étranger, on permet encore au Français d'assigner l'étranger devant un tribunal de France ; il faut convenir cependant que, quand j'ai contracté à Saint-Petersbourg avec un étranger, je n'ai guère dû m'attendre à pouvoir citer cet étranger devant le tribunal de la Seine. Les rédacteurs de l'art. 14 ont craint que les tribunaux étrangers ne fussent pas disposés

à rendre aux Français une justice aussi complète que les tribunaux de France : c'est là une crainte qui n'est peut-être pas bien fondée ; mais il est certain que cette inquiétude perce dans le système du législateur.

Remarquons, en ce qui concerne l'application de cet art. 14, que peu importe l'origine de l'obligation : qu'elle soit née d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, il y a absolument même raison de décider. Le mot *contractées* n'indique point qu'il s'agit exclusivement d'une obligation née d'un contrat.

88. La deuxième des différences que nous avons annoncées peut donner lieu à des difficultés un peu plus graves. Voici le texte de la disposition dans laquelle je la trouve écrite : « Les jugements
« rendus, contrats ou obligations reçus, ès royau-
« mes et souverainetés étrangères, pour quelque
« cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque
« ni exécution en nostre royaume. Ains tiendront
« les contrats lieu de simples promesses ; et non-
« obstant les jugements, *nos sujets* contre les-
« quels ils ont été rendus pourront de nouveau
« débattre leurs droits comme entiers par devant
« nos officiers. » A la simple lecture de ce texte,

On est frappé de la distinction qu'il établit entre la force exécutoire ou l'hypothèque d'une part, et l'autorité de la chose jugée d'autre part : quand il s'agit d'hypothèque ou d'exécution, la disposition est absolue, *in rem*, applicable contre le Français aussi bien que contre l'étranger ; quand il s'agit au contraire uniquement de la chose jugée, la disposition est restreinte au cas où le jugement du tribunal étranger a été rendu contre un sujet français. On ne peut véritablement attribuer qu'à un moment d'inattention ou à l'entêtement d'un système formé à l'avance, la phrase suivante par laquelle cet article est commenté dans l'ouvrage d'un des plus savants interprètes du Code civil : « Cet article, « comme on le voit, dit M. Toullier, fait marcher « d'un pas égal et range sur la même ligne l'hypothèque et la chose jugée. »

Nous n'avons pas à nous occuper de ce qui dans cet article concerne la force exécutoire et l'hypothèque ; nous avons déjà vu que le législateur moderne s'est à cet égard approprié l'idée de l'ordonnance de 1629 dans les art. 2123 et 2128 du Code civil, et dans l'art. 546 du Code de procédure. Reste ce qui concerne l'autorité que la France accorde à la chose jugée par un tribunal étranger.

Il y a ici à distinguer selon que la partie qui a succombé est un Français ou un étranger : l'ordonnance consacre implicitement entre le Français et l'étranger, en dehors de toute question de souveraineté et par rapport seulement à l'intérêt privé des parties, une différence remarquable qui consiste en ce que le Français peut méconnaître en France la chose jugée contre lui par un tribunal étranger, tandis que l'étranger est lié par la sentence rendue contre lui hors de France, et peut être en vertu de cette sentence même (sauf bien entendu la nécessité de l'*exequatur*) poursuivi chez nous soit sur ses meubles soit sur ses immeubles. Voilà la doctrine contenue dans la dernière partie de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 ; et il est à remarquer que la position du Français est la même, qu'il ait succombé devant le tribunal étranger en qualité de demandeur ou en qualité de défendeur. Toute la question maintenant est de savoir si cette doctrine est encore aujourd'hui applicable.

Pour ce qui concerne l'exécution, nous avons vu qu'il existe dans nos codes des articles formels qui reproduisent la règle de l'ordonnance. En ce qui concerne au contraire la force de la chose jugée par un tribunal étranger, on chercherait en vain

dans nos lois nouvelles une disposition qui, de près ou de loin, s'en occupe. Est-ce donc là une raison pour déclarer inapplicable aujourd'hui la doctrine, peut-être un peu rigoureuse, mais conforme quant au fond à l'esprit de notre législateur, que nous avons trouvée dans l'ordonnance de 1629? C'est ce que je ne puis admettre, et je suis bien convaincu que cette disposition doit être signalée comme une de celles qui aujourd'hui encore différencient, sous le rapport du droit privé, la condition du Français et celle de l'étranger. Cette disposition, en effet, a toujours été regardée en France comme n'étant que l'expression d'une des maximes les plus anciennes et les plus irrévocablement enracinées de notre droit. Elle a été constamment appliquée, même dans la période révolutionnaire où l'on était si favorable aux étrangers (1). Il est incontestable qu'elle était considérée comme encore en vigueur à l'époque de la rédaction de nos codes; et il est impossible d'admettre qu'à cette époque, où l'on était si peu bienveillant pour les gouvernements et pour les peuples étrangers, on ait songé à l'abroger: le législateur de 1804, qui établit tant de dispositions haineuses contre les étrangers, n'a pas pu

(1) Merlin, *Questions de droit*, v^o Jugement, § 14.

imaginer de supprimer en leur faveur une règle qu'on avait appliquée même pendant la Révolution. Il n'y a rien d'étonnant, du reste, à ce que cette règle n'ait été reproduite formellement ni dans le Code civil, ni même dans le Code de procédure : car dans l'un et dans l'autre de ces Codes on suppose constamment connues les règles générales sur la compétence des tribunaux et sur l'organisation judiciaire. Il y a même ici une raison de plus pour qu'on ne se soit pas expliqué en termes formels : c'est qu'il s'agissait d'une règle qui touche au droit international. Il est superflu d'ailleurs de combattre l'opinion qui pense que cette règle de l'art. 121 *in fine* de l'ordonnance de 1629, a été abrogée par les art. 2123 du Code civil et 546 du Code de procédure; qu'en conséquence la chose jugée par un tribunal étranger existe dans tous les cas aux yeux de la loi française, sauf à remplir pour l'exécution la formalité de l'*exequatur*; cela est superflu : car, je le répète, il suffit de comparer attentivement ces deux derniers articles avec celui de l'ordonnance pour voir que la question qu'ils résolvent n'est pas la même.

Le système que je présente n'a cependant pas prévalu dans la pratique : la jurisprudence paraît

fixée en ce sens qu'en aucun cas les parties ne sont liées par la sentence du tribunal étranger, que toujours on peut en appeler devant un tribunal français. Ce système est d'abord fondé sur une confusion évidente, sur la confusion entre la force exécutoire et la force de la chose jugée : interprétée en ce sens que, parler d'exécution, c'est parler d'autorité de chose jugée, la dernière partie de notre art. 121 ne serait qu'une répétition surabondante de la première. Remarquons d'ailleurs que dans ce système les art. 2123 et 546 seraient fort mal rédigés : car ils considèrent les effets dont ils traitent comme produits par le jugement étranger lui-même, ce qui semble bien indiquer que ce jugement aux yeux du tribunal français ne doit pas être considéré comme non-venu et comme laissant entiers les droits sur lesquels il a prononcé. — Mais le principal argument que l'on ait invoqué à l'appui de cette doctrine, c'est qu'aux termes des art. 2123 et 546 le jugement étranger doit être déclaré exécutoire, non pas par le président seul du tribunal français, mais par le tribunal tout entier : d'où l'on conclut qu'il ne s'agit pas d'une simple affaire de forme comme au cas d'une sentence arbitrale, mais qu'il doit y

avoir à examiner de nouveau le fond du droit. A quoi je réponds en disant que *l'exequatur* à donner à ce jugement étranger peut exiger des vérifications fort difficiles et pour lesquelles ce n'est pas trop des lumières de tout le tribunal. Car d'abord il faut examiner, avant de donner *l'exequatur*, si le jugement étranger a bien tous les caractères d'un véritable jugement, s'il a été rendu par les magistrats compétents, si l'on n'a point introduit pour le faire réformer une procédure qui en suspendrait l'exécution d'après la loi même du pays où il a été rendu. Et puis ce jugement ne peut être admis à recevoir exécution en France qu'autant qu'il ne contient rien de contraire à notre ordre public, soit quant aux voies d'exécution, soit même quant au fond du *judicatum*, comme par exemple s'il ordonnait qu'un esclave fût restitué à son maître. On comprend qu'il peut y avoir là des questions bien plus délicates que lorsqu'il s'agit simplement de déclarer exécutoire une sentence arbitrale : on comprend par conséquent pourquoi la loi exige que *l'exequatur* soit donné par le tribunal et non par le président seulement. Mais cela n'a aucun trait à la question de force de la chose jugée, considérée au point de vue du droit purement privé.

§ 4. — Dispositions particulières à certains étrangers.

89. Il peut arriver que certains étrangers, soit en masse, soit individuellement, soient dans le cas d'invoquer telle ou telle nature de privilèges qui les rapproche plus ou moins de la condition des Français.

Remarquons avant tout que les nations modernes sont dans l'usage d'accorder le droit de cité aux peuples étrangers qu'elles soumettent : les vaincus prennent la qualité des vainqueurs et se confondent avec eux sous un même droit dès que la conquête est consommée par un traité définitif.

Quant aux naturalisations individuelles, d'après la constitution de l'an VIII, l'étranger qui veut devenir Français ne le peut qu'après dix années d'habitation consécutives sur le territoire ; et même, suivant un avis du Conseil d'État, ces dix années ne commencent à courir qu'après que l'étranger a obtenu du gouvernement l'autorisation d'établir son domicile en France ; et puis le décret du 17 mars 1809 porte que, même après ce stage de dix ans, l'étranger ne devient citoyen français que par un décret du gouvernement. D'autre part, un sénatus-consulte du 26 vendémiaire an XI, confirmé

depuis par un décret du 19 février 1808, est venu permettre de naturaliser au bout d'un an de séjour l'étranger qui aurait rendu des services importants à la France, en y établissant par exemple de grandes manufactures. — J'ai déjà mentionné une ordonnance du 4 juin 1814 qui établit que des lettres de grande naturalisation soumises à la vérification des deux Chambres peuvent être accordées aux étrangers, qu'ils aient eu ou non un domicile antérieur en France. Cette espèce de naturalisation est le seul mode qui donne le droit à une personne d'origine étrangère de siéger dans l'une ou dans l'autre des chambres ; en sorte que, sous ce rapport, et sous ce rapport seulement, elles peuvent être nécessaires même à ceux qui ont été naturalisés par le mode ordinaire.

Nous arrivons aux étrangers de l'art. 13. Remarquons d'abord que cet article a été rédigé principalement afin que les étrangers qui voulaient se faire naturaliser conformément à la Constitution de l'an VIII ne fussent pas soumis pendant leur stage de dix ans aux différentes incapacités purement civiles que le Code consacrait contre les étrangers ordinaires : l'épreuve en effet eût pu paraître trop dure et susceptible de faire renoncer un grand

nombre d'étrangers au projet d'acquérir la qualité de Français. Avant 1819, cet art. 13 était fort important à cause des art. 726 et 912; maintenant, il est encore important à cause des différences qui subsistent et que nous avons parcourues, sous le rapport des droits privés et de l'administration de la justice, entre la condition du Français et celle de l'étranger. Sous ce double rapport, l'étranger de l'art. 13 est dans la même position avant la naturalisation qu'après; seulement cette assimilation de sa condition à celle du Français a plus de sécurité et de solidité après la naturalisation, parce que le gouvernement reste toujours maître de retirer l'autorisation dont parle l'art. 13 et que le bénéfice de cet article cesse dès que l'étranger auquel il s'appliquait ne réside plus en France. — Je crois que l'étranger de l'art. 13 est même assimilé au Français en ce qui concerne les lois personnelles: du moment qu'il a demandé et obtenu d'avoir son domicile en France, il doit être censé avoir voulu se soumettre à toutes les lois privées qui s'appliquent aux Français: car il y a un rapport intime entre le domicile d'une personne et le statut qui régit l'état et la capacité de cette personne.

L'art. 11 du Code civil se réfère aussi à une condition exceptionnelle faite à certains étrangers par les traités passés entre la France et les nations auxquelles ces étrangers appartiennent. Lorsqu'on a fait le Code civil, la pensée du rédacteur en ce qui concerne les étrangers s'est surtout portée sur les successions : alors on a jugé utile de laisser au gouvernement, au pouvoir législatif même, le soin de reconnaître s'il était convenable d'établir un système de réciprocité vis-à-vis des sujets de telle ou telle nation ; aujourd'hui que l'incapacité des étrangers se réduit à des questions de procédure et de sanction plus sévère, aujourd'hui qu'on accorde aux étrangers en général tous les mêmes droits pécuniaires que peuvent avoir les nationaux, il est probable que, si la loi était à faire, on ne parlerait plus d'une réciprocité consacrée par un traité, mais on s'en référerait au principe pur et simple de la réciprocité de fait.

Enfin il est des étrangers qui sont plus favorisés que les autres en ce sens qu'ils ont un moyen plus facile et plus simple d'arriver à la qualité de Français et à la jouissance de tous les droits attachés à cette qualité. Cela se réfère d'abord aux étrangers nés en France, et puis aux étrangers nés

en pays étranger de Français ayant perdu cette qualité (C. civ., art. 9 et 10). Une femme étrangère devient Française par cela seul qu'elle épouse un Français (art. 12) ; la femme d'origine française, qui a épousé un étranger, recouvre à la mort de son mari la qualité de Française, pourvu que résidant déjà en France, elle continue d'y résider, ou bien pourvu qu'elle y rentre avec l'autorisation du roi et en déclarant qu'elle veut s'y fixer (art. 19).

Quant aux ex-Français, faut-il leur appliquer encore aujourd'hui les dispositions exceptionnelles que nous avons vues résulter des décrets de 1809 et de 1811 ? En général, je crois qu'on doit admettre avec la jurisprudence qu'il y a dans les décrets impériaux des dispositions qui ont encore force de lois, quoique dépassant les limites du pouvoir que l'empereur tenait de la Constitution. En effet, d'abord ces dispositions sont véritablement fondues dans la pratique et ne pourraient être aujourd'hui considérées comme abrogées sans de grands inconvénients ; et puis d'ailleurs l'art. 68 de la Charte de 1814 prononce le maintien des lois lors existantes, ce qui semble comprendre même les actes qui, inconstitutionnels au fond, avaient cependant en fait la force de lois ; enfin il y a des dis-

positions de ces décrets impériaux qui ont été appliquées même depuis 1814 par le pouvoir auquel seul il appartenait de les annuler.— Reste à savoir quelles dispositions, parmi celles que nous avons parcourues en parlant des deux décrets de 1809 et de 1811, sont aujourd'hui encore applicables. Je crois d'abord qu'il ne reste absolument plus rien du décret de 1809 : le motif, c'est que la pensée générale du rédacteur de celui de 1811 a précisément été d'essayer d'un système tout différent, absolument opposé dans son principe au système du décret de 1809. En second lieu, dans ce décret de 1811, il faut sans hésiter regarder comme abrogé tout ce qui est contraire aux maximes proclamées par notre Charte constitutionnelle, par exemple : la confiscation encourue par le Français qui sans autorisation se fait naturaliser en pays étranger ou y accepte des fonctions publiques, la forme insolite dans laquelle sont prononcées les peines particulières qu'établit ce décret. Mais je ne vois aucune bonne raison de regarder comme abrogée la disposition qui permet au gouvernement d'accorder des lettres de relief à l'ex-Français, disposition qui contient un système plus doux que celui de l'art. 21 du Code civil pour le cas où cet ex-Fran-

çais avait pris du service militaire à l'étranger. Et de même je pense que l'autorisation accordée par le gouvernement français de se faire naturaliser à l'étranger pourrait produire encore aujourd'hui les effets favorables mentionnés dans le décret, notamment en faveur des enfants de l'ex-Français.



CONCLUSION.

Nous voici parvenus au terme de la tâche que nous avons entreprise. Si, après avoir vu ce qui a été et ce qui est, il nous était permis de soumettre au législateur à venir les deux idées fondamentales qui pour nous dominent toute la matière, nous dirions :

Le peuple qui renferme son droit , et notamment la partie de son droit qui est relative aux étrangers, dans le cercle étroit de ses intérêts immédiats et matériels se ferme à lui-même la route vers le progrès : car le droit d'un peuple est un des éléments les plus importants de sa civilisation.

Autant ceux qui dirigent et représentent une grande nation doivent se montrer fiers et avarés de concessions vis-à-vis des gouvernements étrangers, autant ils doivent d'une main libérale répandre sur les individus étrangers tous les bienfaits du droit civil.

FIN.



TABLE DES MATIÈRES.

AVANT-PROPOS.....	i
INTRODUCTION.....	1

CHAPITRE PREMIER.

ORIGINE DES RÈGLES PARTICULIÈRES DE NOTRE DROIT RELATIVEMENT AUX ÉTRANGERS.

La législation romaine est complètement étrangère au principe du droit d'aubaine.....	1
L'origine de ce droit est dans les coutumes germaniques.	9
Aperçu du système des associations d'hommes libres dans la Germanie, et conséquences de ce système en ce qui touche les étrangers.....	10

CHAPITRE II.

DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS EN FRANCE SOUS LES DEUX PREMIÈRES RACES.

En général les mêmes principes qui existaient en Ger- manie continuent de subsister après la conquête.....	34
Cependant c'est à la conquête qu'est due l'introduction du système de la personnalité des lois.	54

CHAPITRE III.DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS EN FRANCE DEPUIS L'ÉTABLISSEMENT
DU RÉGIME FÉODAL JUSQU'A LA RÉVOLUTION DE 1789.§ 1^{er}. — Des étrangers en général.

Deux espèces d'aubains : les uns nés en pays étrangers,
les autres nés dans une province autre que celle où ils ré-
sident. 72

De la condition civile des aubains comparée à celle des
serfs : droits de chevage, de for-mariage et d'aubaine, etc. 82

Introduction dans la jurisprudence de la distinction des
actes du droit civil et des actes du droit des gens. 121

§ 2. — Des restrictions et des adoucissements successifs que reçut le droit
d'aubaine.

De l'étranger noble qui réside en France; de l'étranger
naturalisé; de l'étranger commerçant. 155

Institution des consulats. 177

Exceptions au droit d'aubaine établies en faveur de l'in-
dustrie. 186

Villes et provinces de France où le droit d'aubaine ne
s'exerçait pas. 191

Individus qui à raison du lieu de leur naissance étaient
exemptés du droit d'aubaine. 202

Exemptions du droit d'aubaine résultant de traités. 213

Des ambassadeurs étrangers. 223

CHAPITRE IV.APERÇU DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES QUI ONT SUCCESSIVEMENT RÉGI LA
CONDITION DES ÉTRANGERS EN FRANCE DEPUIS 1789 JUSQU'A NOS JOURS.

1^{re} PÉRIODE : République française. — Abolition com-
plète du droit d'aubaine. 235

2^{me} PÉRIODE : Consulat et empire. — Système du Code civil; loi de 1807 sur la contrainte par corps; décrets de 1809 et de 1811..... 248

3^{me} PÉRIODE : Monarchie constitutionnelle. — Loi du 14 juillet 1819; loi de 1832 sur la contrainte par corps.... 279

CHAPITRE V.

THÉORIE DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS DANS NOTRE DROIT ACTUEL.

Section I^{re}. — Des étrangers au point de vue du droit constitutionnel.

Les étrangers sont exclus des droits politiques; ils sont admis à la jouissance de tous les droits publics..... 293

Section II. — De la Condition des étrangers au point de vue du droit privé.

§ 1^{er}. — Règle générale : la condition de l'étranger et celle du Français sont identiques.

L'étranger est capable, comme le Français, de tous les droits, soit réels, soit personnels, reconnus par la loi française. Il les acquiert et les perd par les mêmes modes qui sont ouverts au Français 320

§ 2. — Conséquences qui résultent de ce que l'étranger n'a point son domicile en France.

L'état et la capacité de l'étranger sont réglés par la loi de son pays..... 366

En matière personnelle ou mobilière, l'étranger actionné devant un tribunal français peut en décliner la compétence, à moins que le demandeur ne soit Français..... 388

Sanctions particulières des obligations de l'étranger : contrainte par corps, caution dite *judicatum solvi*, etc..... 396

§ 3. — Conséquences qui résultent du peu de confiance qu'a le législateur français dans l'impartialité des tribunaux étrangers.

Même en matière personnelle ou mobilière, un étranger peut être poursuivi par un Français devant les tribunaux de France. 404

Le Français seul, et non l'étranger, peut faire réformer par les tribunaux français la sentence rendue contre lui par un tribunal étranger. 405

§ 4. — Dispositions particulières à certains étrangers.

De l'étranger naturalisé. — De l'étranger admis par le roi à établir son domicile en France. — De l'étranger avec la nation duquel la France a conclu un traité. — De l'ex-Français 412

CONCLUSION. 419



